

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM

FASCICVLVS III.



HALAE AD SALAM

TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.

1775.

Index diff. huius fasc.

- XI.** *Observationes de proprietate rei donatæ ad eum qui quasi mutuum accepit transeunte, ad L. XVIII. D. de R. C. & L. XXXVI. D. de A. R. D. defend. præf. Chr. L. CRELLIVS & Gottlob Henr. Kuntzel, Dresdensis. Vitemb. d. Apr. 731.* pag. 355
- XII.** *De publica cerimonia qua vrbes condebantur, ex antiq. Romana, disput. præf. Chr. L. CRELLIVS & M. Iob. Esperg, Vpsalia-Suecus. Vitemb. d. Iul. 731.* 386
- XIII.** *Observationes ad L. III. D. de bonis eorum qui ante sententiam sibi mortem consciuerunt, opinioni quorundam de autocbiria, quam fingunt, innocente oppositas defend. præf. Chr. L. CRELLIVS & Carolus Rudolph Westhoff, Pouchensis-Saxo. Vit. Kalend. Sept. 731.* 416
- XIV.** *Servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere, disput. præsid. Chr. L. CRELLIO Guilielm. Henr. Ludouicus, Lengefeld. Misnicus. Vit. prid. Id. Mart. 733.* 427
- XV.** *Omnem culpam in negotiorum gestorum iudicio præstari, disput. præf. Chr. L. CRELLIVS & Christian. Godofr. Francke, Marienauia-Variscus. Vit. prid. Kal. Apr. 733.* 440
- XVI.** *Observationes de custodia & periculo pignoris, defend. Chr. L. CRELLIVS & Christian. Schlegel, Iauchia Misnicus. Vit. d. 26. Sept. 733.* 462
- XVII.** *De translatione mortuorum per territorium alienum; ad leg. III. §. 4. D. de sepulchro violato, disput. præf. Chr. L. CRELLIVS & Christianus Gottbelf Veltbem, Zittauiensis, Vit. ad diem Iul. 734.* 474
- XVIII.** *De iure vrbes muniendi & munitiones reficiendi; ex LL. Rom. & Imp. Germ. publ. disput. præf. Chr. L. CRELLIVS & Carolus Fridericus Neumann, Zittauiensis, Vit. d. Aug. 734.* 501
- XIX.** *Vtrum herede instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur? disput. præf. Chr. L. CRELLIVS & Christian. Frider. Baumann, Schneebergensis, Vit. d. Oct. 734.* 527

Juristische Schriften in Hendels Verlage.

- Besekh*, D. Io. M. G. comm. de cretione iure deliberandi & inuentario in adeunda hereditate, 4t. 773. 3 Gr.
- — de alienatione hereditatis ad explicandam Leg. II. Dig. de hered. vel act. vend. & componendas clarissimorr. Ictorum lites, med. 8v. 774. 12 Gr.
- — Ueber die Quellen der Moralität u. Verbindlichkeit, als die ersten Gründe der Moralphilosophie und des Naturrechts, 8v. 774. 5 Gr.
- Brunquelli*, Io. Sal. opuscula ad historiam & iurisprudentiam spectantia, edidit atque coll. D. Hen. Io. Ott. Koenig, med. 8v. 774. 1 Thlr. 16 Gr.
- Charondæ*, (Ludou. ICti Paris.) de iurisdictione & imperio libellus, 4to. 2 Gr.
- Karo*, Rabbi Ioseph, Sententiæ Rabbiorum de successione ab intestato & testamentaria, collectæ in libro Schulchan Aruch, latine redditæ per C. G. Meyer, cum accessionibus G. H. Stuck, & præfatione Dan. Nettelbladt. med. 8v. 775. 10 Gr.
- Kemmerich*, D. H. liber de probatione consuetudinis & obseruantiae, tam priuatæ, quam publ. siue imperialis, cum indice necessario, 4to. 6 Gr.
- Madihn*, Georg. Sam. Gedanken von der wahren Gründlichkeit, besonders in der Rechtsgelehrtheit und ihren Hindernissen im Vortrage, 4t. 758. 2 Gr.
- — diatribe iur. civil. vicissitudines substitutionis im-
puberum complexa, 4to 769. 3 Gr.
- — sämtliche in Halle gehaltene Dissertationes, 13 St.
verschiedener juristischen Materie, zu einem Bande ges-
ammet, in 4t. 18 Gr.
- Madihn*, D. Lud. Gottfr. opusculum I. vicissitudines substi-
tutionis exemplaris, eiusque veram indolem continens.
4to 775. (wird fortgesetzt) 9 Gr.
- Menken*, G. Lud. introduct. in doctrinam de actionibus fo-
rensis, ad vsus prælectionum acad. edita a G. S. Madihn.
8v. 759. 10 Gr.
- — opuscula, quibus multa maxime iur. civil. capita ad
vsum fori spectantia proponuntur, in vnum vol. coll. 8v.
770. 20 Gr.
- Mureti*, (Marci Antonii, ICti & civ. Romani celeberr.)
commentarii breues & perspicui in titulos ad materiam
iurisdictionis pertinentes. Argentor. 1608. recusa Halæ
4to. 771. 3 Gr.
- Wideburgii*, Fr. origenes & antiquitt. Marggauratus Misnici
&c. pars prima & altera. 4to. 6 Gr.

A n z e i g e.

Die erstern von mir abgedruckten Fascikel der Crellschen kleinen Schriften haben zu meiner Zufriedenheit das Verlangen nach der baldigen Fortsetzung derselben erregt. Ich will, deswegen mein schon gegebenes Versprechen kürzlich wiederholen:

- 1) mit dem Ende des 1776ten Jahres wird das Ende des ganzen Werks geliefert,
- 2) mit abgekürztem Titel und fortlaufender Seiten- und Bogen-Zahl jede Dissertation, nach ihrem Alter durch römische Zahlen an die folgenden gehängt;
- 3) jeder Fascikel von 4. bis 6. Stück Dissertationen, oder so viel sich ihrer Größe nach in's festgesetzte Alphabet hineinbringen lassen, (mit oder ohne Kupfer) werden dem Liebhaber einzelner Fascikel für 10. Gr. verkauft.
- 3) Der Schlußfascikel enthält Crells lateinische Gedichte, die uns in ihm den Verlust eines guten Dichters bedauern lassen.
- 4) Jeder der zwey Theile des ganzen Werks erhält seinen Haupttitel. An der Spitze des ersten Bandes kommt Vorrede und Lebenslauf, den Schluß des letztern macht ein 3facher vollständiger Index, der Autoren, erklärten Gesetze und der Sachen.
- 5) So lange das Werk nicht völlig heraus ist, werden noch Fascikel einzeln zu haben seyn.

Sollten Auswärtige, wie einige bisher gethan, aufs ganze Werk oder auch auf einzelne Fascikel in vielfacher Anzahl, Subscriptionen und Kollektionen übernehmen wollen, so erbiere mich auf 10. Fascikel das 1te ganz, und auf 5. die Hälfte des 6ten frey zu geben; doch Postfrey bitt' ich mir das Geld zuvor einzusenden. Halle, den 26. Jul. 1775.

der Verleger
Joh. Christian Hendel.

XI.

OBSERVATIONES

DE PROPRIETATE REI DONATAE

AD EVM QVI QVASI MUTVAM ACCEPIT

TRANSEVNTTE.

AD L. XVIII. D. DE R. C. ET. L. XXXVI. D. DE A. R. D.

VITEMBERGAE, AD D. APRIL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXI.

§. I.

*S*uus cuique *error* attributus est: tantoque magis sumus in lubrico, *Omnis de*
 atque in proclive propendemus, quanto minus in compendio priuato, & *errore per-*
 contrahendis administrandisque negotiis, versamur. Sed ne isti quidem *plexa esse*
 certe, qui, quod ait comicus, satis ad quæstum sapiunt, & foro vti didi- *tractatio vi-*
 cerunt, sine vlla offensione elabuntur; aut cauere possunt, ne suo quodam ali- *detur.*
 quando *errore* capiantur: in illis negotiis maxime, quæ *mutua voluntate,*
 & *consensu* peraguntur: quæ, nisi inter contrahentes de re tota coueniat,
 vt, quid alter senserit, ab altero intelligatur; inutilia sunt, atque distra-
 huntur. Nihil TULLIVS ^{a)} hominum sensu & *voluntate obscurius* esse
 arbitratur: quæ, cum in ipsum alterius animum descendere, illumque in-
 trospicere non possis, ex rebus quibusdam externis, ex oculorum aurium-
 que indicio, cognoscenda est. Quorum fere signorum dubia atque am-
 bigua interpretatio videtur: multum cupiditate animi, & studio, peccatur:
 facile spe, & desiderio, facile timore nostro, & sollicitudine, decipimur,
 vt, quæ ipsi optamus, eadem nobiscum etiam alios sentire, vel, quæ me-
 tuimus, in quamcunque partem impetus animum conuerterit, ea euenire,
 atque ab aliis indicari, arbitremur: præterea ipsa sensuum incertitudo sub-
 inde vel diligentissimo imponit: interdum etiam hi, cum quibus nobis ne-
 gotium est, suo *errore* nos seducunt, aut sententiam animi, atque volun-
 tatem, signis obscuris exprimunt, rem totam in loco incerto, atque ambiguo,
 relinquunt. Ex quibus rebus solet illud euenire, vt ex nostro ingenio sen-
 tentiam aliorum metiamur, & quæ a nobis cogitata sunt, eadem & aliis,
 cum quibus paciscimur, venisse in mentem arbitremur; neque vnquam ma-
 gis proclives simus in *errorem*, quam cum de *aliorum voluntate*, & con-
 sensu, iudicamus. Quapropter vix exerceri videas a priuatis lites, aut res
 ar-

^{a)} CIC. pro L. Muræna cap. XXXIV.

arduas in contentione, & controuersia, versari, in quibus non aduersarius, se *errore* quodam deceptum, aut *ignorantia* sublapsum, illaque re turbatum, distractumque, esse consensum, conqueratur. Sed iacturam, quam ex *errore* passi sumus, tanto grauius ferimus, quanto certius vel ab aduersario, cui indignamur, in illum nos inductos, vel, quod æque nobis ingratum est, nostra culpa, atque incuria prolapsos, arbitramur. Hinc si magnum GROTIUM, ^{b)} atque item etiam V. C. Nicolaum GYNDLINGIUM ^{c)} audias, rota de *errore* perplexa tractatio videtur, quae dubios, incertosque, quo se consilio expedituri sint, ICROS, & fere in praecipitio haerentes, mirifice perturbat. Ne veteres quidem illi quorum disputationes nobis reliquias TRIBONIANI iniuria seruauit, graue illud de *errore* argumentum, data opera, & de industria, tractarunt, aut omnem illam doctrinam, quae in vna cognitione posita est, ad caput suum retulerunt; sed rem totam in infinitas quaestiones dispartiti sunt, & quasi passim, atque omnia alia agentes, cum de contractibus, aut delictis exponerent, si qua species, *erroris* vitio corrupta, incidisset, subinde etiam de *errore* monuerunt. Quapropter omnes in magna varietate, & dissensione, constituti sunt, ut eorum molestum videatur sententias annumerare: & difficile sit, quae ab illis strictim, passimque prodita fuerunt, ad vnum caput reuocare, aut certo definire, quam perpetuo regulam in respondendo sequi debeamus. Haec incertitudo omnes fere negotiorum partes occupauit. Alii, ne de *corpore* quidem consentiunt, & negotium impeditum respondentibus proponunt: alii in *materia*, & *qualitate rerum*, de quibus contrahunt, decipiuntur: alii, ut sua quemque cupiditas, atque incuria, fefellit, in alio *errore*, atque *ignorantia*, versantur: de quibus rebus magna veterum dissensione est certatum. Sed illa grauior disceptatio videtur, cum ne de ipso quidem *negotio*, quod gerunt, in vnam sententiam conueniunt, sed in *titulo*, & *caussa*, ex qua res petitur, dissentiunt, idque ipsum, quod res gestas maxime continet, ignorant: quod solet inprimis euenire, cum de *transferendis dominiis* tractatur. Adeo appetentes sunt multi rerum quaerendarum, ut velle se illas sibi habere, omnes norint; qua *caussa*, quo iure illas accipiant, in paruo ponant discrimine: ipsi qui sint, ut ait CATVLLVS noster, quid agant, atque moliantur? nesciant: magis de re tenenda, quam de *titulo* & *caussa* transferendi domini laborant. Quae si diiudicari non possit; necesse est, omnia difficili *errore* implicari, multis dissensionibus perueriti.

§. II.

^{b)} GROTI. de I. B. & P. lib. II. cap. XI, 6.
P. 207.

^{c)} GYNDLINGIAN. P. XXXIII.

§. II.

Eiusmodi species aliquando IULIANVM, atque VLPIANVM, ICtos *Juliani at-*
 exercebat. *Proponebatur: donandi animo dominum nummos tradidisse,* *que Vlpiani*
 quos alter, deceptus quodam errore, *quasi mutuos accepit, veram caus-* *dissensio de*
 sam, ignoravit. *Dubitatum, an nummi accipientis facti sint, cuius error* *errore expo-*
 prohibuerat, ne uterque in eundem titulum, ex quo transferri dominium
 possit, consentirent. Sed cum donationis, tum mutui causa suffecisset, ut
 nummorum traditorum dominium transiret, si in idem negotium utriusque
 sententia & voluntas concurrisset. IULIANO L. 36. D. de A. R. D.
 non visus est accipientis error, ne proprietatem ad eum transferretur, prohi-
 bere. Audiamus IULIANVM: „cum in corpus quidem, quod traditur,
 „consentiamus, in causis vero dissentiamus: non animaduerto, cur ineffi-
 „cax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obliga-
 „tum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi.
 „Nam & si pecuniam numeratam tibi tradam, donandi gratia, tu eam,
 „quasi creditam, accipias: constat, proprietatem ad te transire, nec im-
 „pedimento esse, quod circa causam dandi, atque accipiendi, dissenseri-
 „mus.„ Habes verba IULIANI. Sed VLPIANVS, secutus iuris regu-
 lam, quam & IAVOLENVS L. 55. D. de O. & A. & POMPONIUS
 L. 57. D. eod. tit. proponunt: „in omnibus negotiis contrahendis, siue
 „bona fide sint, siue non sint, si error aliquis interueniat, ut aliud sentiat,
 „qui emit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valere illorum, quae acta
 „sunt, & maxime in illis rebus quae dominium transferunt, concurrere
 „debere ex utraque parte affectum contrahentium, & siue ea venditio,
 „siue donatio fuerit, siue quaelibet alia causa contrahendi, nisi animus utriusque
 „consentiat, illud, quod inchoatum est, non perfici, putavit:„ atque ex
 illa ratione L. 18. D. de R. C. nummos, ut donatos, aut mutuos, ac-
 cipient non adquiri, hinc extantes vindicari potius, consumptos condici,
 condicentem vero doli mali exceptione repelli posse arbitratus est. „Si ego,
 „inquit, pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam acci-
 „pias, IULIANVS scribit, donationem non esse: sed an mutua sit, viden-
 „dum. Et puto: nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri,
 „cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione
 „teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem
 „dantis nummi sunt consumpti.„ Sed ne, temere VLPIANVM, aut for-
 te fortuna in illam mentem incidisse, existimes, illud prohibet, quod tam
 grauis ipsi haec causa esse visa est, ut se in illa etiam a IULIANO seiungeret,
 atque in partem aduersam digrederetur, desereretque auctoritatem maximi
 & amicissimi ICTI, cui VLPIANVS tantum non omnia tribuere solebat:
 cuius sententiam, si cum aliis committeretur, habere maximam humanita-

tem, *L. 7. §. 1. D. de dol. mal. except.* & sibi probabilem *L. 1. §. 2. D. pro dot.* & benignam, ac verissimam, videri, *L. 4. D. de diuort.* *L. 15. D. de hered. instit.* iusque, quo res publica vtatur, continere, *L. 9. §. 1. D. de stip. seru.* fatebatur: quem etiam, cum de *errore*, de quo iam cum IULIANO controuersiam exercet, disputatum esset, omnium maxime sequebatur, *L. 15. D. de iurisd. L. 2. pr. D. de iud.* e cuius responsis sibi auctoritatem & opinionem veritatis maximam quaerebat: ex quo sua fere omnia, tanquam ex fonte, repetebat, quod *L. 2. §. 2. D. solut. matr. L. 11. D. quod fals. tut. L. 1. §. 17. D. de magistr. conuen. L. 10. pr. D. de curat. L. 6. §. 3. D. de hered. instit.* & omnia fere ex libris ad Sabinum, & edictum, fragmenta indicant: vt ex IULIANO, quasi ex tripode, ius dixisse VLPPIANVS videatur; a quo denique vix vnquam, nisi cum a multis aliis antea notatus esset IULIANVS, atque excusatione defendi non posset, discedere audebat, *L. 16. D. de iudic. L. 42. pr. D. de A. vel O. her.* cui denique alias non, nisi modeste, & subdubitanter controuersiam mouebat: *L. 37. D. de R. vind.* cui se vni omnium maxime addixisse credebatur. Ex quibus rebus intelligitur, omnino non ferendam VLPPIANO IULIANI sententiam, quam tanto studio impugnat, sed enormem, atque incongruam, videri. Neque tamen IULIANVS rem negligentius tractauit; sed, quasi subductis rationibus omnibus, cum singula, quae cogitari possent, excussisset: *non animaduertit*; nihil omnino rationis deprehendit, *cur inefficax sit traditio, quamuis in causis inter nos dissentiamus.* Vides ICtos, quasi palmam, ad quam concurrendum sit, in medio positam haberent, studio non pepercisse; sed cum multa grauitur, & probabiler, in vtramque sententiam dici possent, magna de illo argumento contentione certauisse. Non ignoro, quae a viris, etiam magnis, atque nobilibus, dicuntur, vt VLPPIANVM cum IULIANO in consensionem, & gratiam, reducant. V. C. GERARDVS NOODT *d)* parum abest, quin desperet. Operae pretium existimo, rem repetere ab origine: vt, quid vterque senserit, & in quam partem concedendum esse videatur, statuamus.

§. III.

Quid inter errorem, dubitationem, & ignorantiam, discriminis intersit.

Primo igitur, quis sit ille *error*, qui impedimento *consensui* esse possit, videamus. Si veteres ICtos audias, vix est, quod *errorem* ab *ignorantia* seiungas. PAVLLVS certe *L. 1. §. 1. & 2. D. de iur. & facti ignor.* eum, qui *nesciat*, quod scriptis heredibus bonorum possessionem praetor promississet, quique *ignoret*, ex successorio edicto bonorum possessionem sibi competere; illum in iure *errare*: qui sciat ex quibus parentibus ortus sit, sed iura cognationis se habere *nesciat*, in iuris *errore* versari *d. L.*

d) GERARD. NOODT comment. ad dig. L. XII. tit. I. p. 274.

d. L. 1. §. 1. qui *nesciat*, bonorum possessionis tempus praeteriisse, illum in facto *errare*, d. L. 1. §. 3. qui *nesciat*, esse testamenti tabulas, *facti errore* decipi, respondet L. 1. §. 4. D. d. t. Idem PAVLLVS L. 15. §. 1. D. de contrab. empt. *Ignorantiam*, quae non in supinum hominem caderet, prodesse emtori arbitratur; sed AFRICANVS L. 11. D. pro empt. illud de *errore* interpretatus est: & quae de *ignorantia* emptoris vulgo tradita sint, haecenus vera esse affirmat: si emptor nullam iustam causam habeat *erroris*. Utque intelligas, quod ICris familiare sit, *errorem* cum *ignorantia* miscere: etiam POMPONIUS nihil inter utrumque vitium discriminis agnoscit; sed, quum L. 28. D. de lib. caus. *ignorantiam* voluntati & *consensui* obstare tradidisset, illud L. 57. D. de O. & A. de *errore* affirmavit, qui negotia omnia, quae consensu continentur, perturbare videatur. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS, Augusti L. 6. & 7. C. de iur. & *facti ignor.* *facti ignorantiam*, *errorem* *facti* appellarunt, ut eodem iure censerent *errorem* & *ignorantiam*, & utriusque usum nominis veteribus promiscuum fuisse, cognoscamus. Quae quamvis vera sint, nolim tamen existimes, tam pingui veteres ingenio fuisse, ut non perspexerint, non nihil inter *ignorantiam*, & *errorem* intercedere: & posse quidem *ignorantiam* esse sine *errore*; quamvis delabi in *errorem* nemo possit, qui non in *ignoratione* veritatis, atque aliqua incertitudine, versetur. Illud enim cognovisse ICros, vel ex solo VLPIANO intelligitur, qui L. 15. D. de iurisd. „Nihil tam contrarium esse consensui affirmat, quam *errorem*, „qui *imperitiam* detegat.„ Seiungit igitur *imperitiam*, atque *ignorationem* veritatis, ab *errore*; sed *errorem* ex *imperitia* enasci arbitratur. Enimvero ita a natura comparati sumus, ut fere de externis rebus, nisi ex sensuum indicio, ferre sententiam, aut certi quidquam affirmare, non possimus. Sed si sensibus illud, de quo ferendum est iudicium, penitus non cognoscas, diceris in *ignorantia* versari. Haec interdum quieta est, & vacat culpa, dum animum a curatione, atque administratione rerum, quas sensibus non perspexit, vacuum relinquit: nihil molitur: quae ad se non pertinent, illa non attingit; sed excutienda, & exquirenda, aliis relinquit. Haecenus *ignorantia* ab *errore* separatur. Sed si, qui semel incitatus est, sustinere se non potest, & in proclive pellitur, dicitque sententiam, cum rem penitus non perspexerit, atque ad illa, quae observari poterant, animum omnino non attendit; ille & verum *ignorat*, & praeterea in *errorem* prolabitur: atque *opinionem falsa* abreptus, contra indicium sensuum, iudicat. Ita cum *ignoratione error* coniungitur, qui culpa carere non videtur: cum investiganda omnia fuissent, & sensus adhibendi in consilium, priusquam de rebus iudicium ferremus. Sed inuenit error excusationem, si, vel rerum natura, quo minus illam totam perspiceremus, prohibebat, sed

ipsa tamen necessitas, ut aliquam opinionem sequeremur, imperabat: vel ita res posita in aprico, & manifesta esse, videbatur, ut nulla esset suspicio, latere quidquam, quod nos in *errorem* induceret, quodque non totum a nobis cognosceretur. Quem *errorem* PAVLVS L. 15. §. 1. *D. de contr. empt. probabilem*, „qui in supinum hominem non cadat, & AFRICANVS *errorem*, cuius quis iustam causam habeat, appellauerunt. Sed in *contrahendis negotiis*, si quid illarum rerum, circa quas versantur contrahentes, & quae, nisi ex certis indiciis, recte cognosci non possunt, ignorabis; *ignorantia* fere abit in *errorem*, & non solum vacat cognitione veritatis, sed etiam *falsa opinione* animum perturbat. Neque enim ad rem gerendam, aut ad paciscendum, fere accedimus, quin de illis rebus, de quibus deliberandum, atque constituendum est, concipiamus aliquid animo, aut fingamus, & opinione quadam ad capiendum de re consilium subinde adducamur. Quapropter, si, quod verum est, omnino nescias, necesse est plerumque, te fingere aliquid, & nonnihil falsi concipere, atque a vero aberrare. Ut: „si rem meam mihi ignoranti, vendideris, quam speciem „L. 15. §. 2. *D. de contr. empt.* „ PAVLVS proposuit, non tantum ignorabam, rem meam esse, quam emebam; sed etiam alienam, & tuam esse, per *errorem* arbitrabar. Neque cogitare poteram, rem non esse alienam, nisi ex certis indiciis perspexerim, eius proprietatem mihi fuisse adquisitam. Solet enim fere mens humana ex illis, quae sensibus se percepisse credit, iudicium formare. Quare consequitur, quod, si aliquid sensu non cognoueris, illud aut abesseingas, aut ingenii virtute aliud quidquam, in eius rei, quam sensibus te percepisse credis, locum substituas. Ut: si rem, quam emis. tuam esse non cognoueris, non solum illud, quod verum est, ignoras; sed etiam, vel dominium tibi non adquisitum esse credis, vel illud etiam ad venditorem putas pertinere: quod utrumque erroneum est, & a veritate alienum. Omnis igitur *ignorantia*, qua nos in contractis negotiis deceptos esse. conqueri possimus, videtur coniuncta esse cum *errore*. Quamvis enim interdum illud, quod antea per *errorem*, & *ignorantiam* fingebas, postea verum esse forte fortuna deprehendas; tamen eatenus errasti, quod rem, quam nondum cognoueris, veram esse existimabas. Praeterea ne scies quidem, quod illud antea per *errorem* pro vero habueris, quod postea verum esse deprehendis: vel certe conqueri non poteris de *errore*, qui te non seduxit. Ut: si ab initio, rem omnino tuam esse, quamvis ex nulla ratione idonea, putaueris, & postea deprehendas, esse tuam; nunquam *ignorantiam*, & *errorem* accusabis. Videtur igitur *ignorantia*, de qua litem quis mouere possit, etiam *errorem* continere. Et haec ratio adduxit veteres Ictos, ut promiscue *ignorantiam*, & *errorem* appellarent. Huius enim iuris disciplina, maxime in actionibus hominum;

minum, & negotiis, quae in controuersiam adducuntur, diiudicandis, occupatur. In quibus, nec *error*, qui non coniunctus sit cum *ignorantia*, nec *ignorantia*, quae *errore* careat, potest obuenire. Praeterea, ubi de *errore* tractatur in negotiis, de *effectu erroris* quaeritur, & an *voluntati*, & *consensui* ob stare videatur. Sed apparet, & *ignorantiam*, & *errorem* interdum, eadem ratione prohibere, ne illud serio appetas, quod antea, cum veram rei naturam ignorares aut *falsa opinione* deceptus, a vero aberrares, velle videbaris. Hinc non solum secundum *VLPIANVM* *L. 18. D. de R. C.* qui rem sibi donatam per *errorem*, pro mutua accepit, proprietatem rei non acquirere visus est, sed etiam, auctore *PAVLO* *L. 10. D. de donat.* qui *nescit*, rem, quae apud se est, sibi donatam esse, dominus fieri negatur.

Haud multo secus *ICTI* de *dubitatione* responderunt, quae & ipsa induere videtur & *ignorantiae* naturam, & *erroris*. *IUSTINIANVS* *L. 22. §. 2. C. de furt.* illum, qui *nescit*, & hunc, qui *dubitat*, rem furto substractam, non esse apud commodatarium, eodem commate coniungit: & utrisque, quamuis actionem commodati instituerint, licentiam concedit, ut possint etiam actione furti experiri. Sed apertius *L. 11. C. de condict. indeb.*, cum pro *dubietate* illorum, qui *mente titubante* soluerint pecuniam, certamen incidisset, idne, quod *ancipiti animo* soluerint, possint repetere, an minus; omnibus, qui *incerto animo* indebitam pecuniam soluerint, concedit repetitionem. Sed haec indebiti condictio secundum *VLPIANVM* *L. 1. D. de condict. indeb.* pro illis duntaxat, qui *ignorantes* indebitam soluerunt, introducta videbatur. Si ex natura rem aestimes, qui *dubitat*, non modo, quid veri subsit, *ignorat*; sed praeterea etiam *suspicionem* animo concipit, ne, si in alterutram sententiam concedat, diuertat a vero, & in *errorem* prolabatur. Tandem vero, si neglecta *dubitatione*, ad negotia accedit, & sententiam, de qua *dubitauerat*, eligit; non modo *dubitat*, sed *errat* etiam saepius: certe non cauet sibi ab *errore*; quamuis interdum forte fortuna etiam verum deprehendat. His fere ex causis veteres *dubitationem erroris* compararunt; maxime, cum, quod ait *PAPINIANVS* *L. 76. D. de R. I.*, in totum omnia, quae animi destinatione peragenda sunt, non nisi *vera*, & *certa scientia* perficiantur; *dubitatio* autem non minus, atque *error*, & *ignorantia*, certitudinem scientiae perturberet. Hinc, si *GAIVM* audiamus, in *dubiis* causis iusiurandum exigunt iudices, & secundum eum, qui iurauit, iudicant. Sed, cum iureiurando induci in errorem possint, si quis noua se instrumenta inuenisse dicat, quibus nunc solis usus sit, causam ex integro agere permittunt. *L. 31. D. de iurej.* Ne tamen ignorasse credas *ICTOS*,
quid

quid inter *dubitationem*, & *errorem* discriminis intersit; *VLP I A N V S* L. 15. D. *qui test. fac. poss. dubitantes* quidem ab *errantibus* seiungit; sed eodem tamen iure illos, qui *errent*, & hos, qui *dubitent*, censendos arbitrat. „De statu, inquit, suo *dubitantes*, vel *errantes*, testamentum facere „non possunt.„ Igitur secundum *VLP I A N V M*, nihil intererit, utrum abreptus *errore* quodam, pecuniam, quae tibi donandi animo a donatore tradebatur, quasi mutuam acceperis, an *dubitaueris*, ne credendi animo tradatur.

§. IV.

*Ius erroris
in contra-
hendis nego-
tiis ex lege
naturali.*

In tanta varietate verborum, magis etiam de iure disceptatum est. Videamus igitur, quae *naturae coniuncta* sint, de *errore* in contrahendis administrandisque negotiis, praecepta. Res omnis ex natura pactorum cognoscetur. Et primo quidem disputatione non indiget, ex *solo consensu*, nisi aliud quidquam causae subsit, & accedat, *officia* nobis non imponi. Cum enim fingi *officium* animo non possit, quod non a *legislatoris* cuiusdam voluntate proficiscatur; consequens est, non *solo nostro arbitrio* illa constitui, aut *solo* nos *consensu* nostro, atque *voluntate*, obstringi, ut, quod promissimus, praestemus. Praeterea facile contrahentes etiam in *malam rem*, & peruersam, in furta, & latrocinia, in fraudes, atque machinationes, *consentiunt*: aut de rebus inutilibus, & vanis, paciscuntur; quae cum a nobis exigi non velit legislator, ex solo consensu peti, aut deberi, non possunt. Sed neque in illis causis, quae *manifeste praeceptae* sunt, & quae generatim omnibus, a quolibet, atque omni tempore, debentur: ut: ne offendas socios, ne a pace inita discedas, & quae his similia sunt, solo *consensu* nostro, sed potius *lege* obligamur: quae generatim etiam *inuitos* tenet, atque ad obsequium adducit. Quapropter in illis causis, nisi admonendi, docendique aduersarii, causa, superuacaneum est, accedere ad pactiorem. Superest, ut & de illis rebus videamus, quae nec ab omnibus praestandae sunt, neque omnibus concedi possunt; sed, prout conditio rerum, & personarum, postulat, prout nostrarum virium copiae permittunt, aut aliorum indigentia exigit, non, nisi certo tempore, atque ex causis singularibus, debentur. Quod genus officiorum philosophi officia hypothetica appellant. Sed ne in his quidem pactiorem opus est, si conditiones, quibus illa officia nituntur, etiam sine declaratione mutua, pateant: sique per se appareat, quid alteri ex creatoris voluntate debeatur. Ut: si quis in manus hostium incidat, quem liberandum esse arbitremur; aut si aedibus vicini absentis ignis immittatur, quem, praeter te unum, nemo commode restincturus videatur; teneris ad ferendam opem, etiam sine pactiorem. caret enim dubitatione, necessitatem tibi imponi, ut succurras; cum & tu possis commodissime, & alter tui inprimis auxilii indigere cognosca-

cognoscatur. Hoc est, quod POMPONIVS L. 23. & GAIUS L. 53. D. de solut. affirmarunt, quod & *inuitos*, & *ignorantes*, liberare, eorumque conditionem meliorem facere, possimus. Neque vero illud, quod GAIUS ait, duntaxat iure ciuili constitutum est; sed naturæ etiam conuenit, vt, si alterum tui auxilii egere, illudque te sine magno incommodo, & difficultate, ferre posse certo intelligas, sponte illud præstare tenearis; quamuis alter vel modestia prohibitus, vel imprudentia seductus, a te nec postulet beneficium, neque aequo animo accepturus videatur. Quando igitur tandem vsus esse pactionibus dicetur? Nimirum si *occultæ* sint conditiones, ex quibus officium nascitur, vt, nisi ex mutua declaratione, cognosci omnino nequeant: sed deliberandum sit, vbi beneficium colles; tunc videlicet opus est, vt in vnâ sententiam conueniamus. Neque tu enim, vtrum vere debeas beneficium, cognoscis: neque alter, vtrum beneficium a te expectare possit, intelligit; nisi & alter, quare demum vere indigeat, & tu, quæ commode a te proficisci possint, luculentius exponatis, resque tota ab vtroque in apicum producat. Sed cum ambo contrahentes horum vtrumque cognouerunt, tunc pactionem inter se fecisse, & *mutuo consensu* constituisse officia, intelliguntur. Vt ecce: si supersit tibi aliquid nummorum, quod in vsus tuos iam conuertere non possis; animus est, aut donare illos, aut mutuos dare indigentibus, aut in fœnore etiam ponere. Nec tamen cuius obuius donabis, aut mutuos, vel fœnori, dare poteris: ne vel gladium furioso, atque ingrato porrigas, vel hominem miserum, & egentem, fœnore truces; sed cognoscenda sunt omnia, priusquam recte beneficium collocasse videaris. Igitur non tam ex *consensu*, quam ex *rerum conditionibus*, & *caussis*, quæ, cum antea obscuræ essent, per pactionem, & consensum, eruuntur, atque declarantur, enascitur obligatio, & necessitas fidem pactorum adimplendi. Hinc *consensum causam obligationis* appellamus, quia *consensu* demum nostro significamus, veram nos officii nostri rationem cognouisse. Ex quibus rebus intelligitur, omnem pactionem *errore*, & *ignorantia*, & *dubitatione*, perturbari. Neque enim, qui *errore* distrahuntur, causas illas recte perspiciunt, ex quibus solis, quid promittere, quid præstare debeamus, intelligitur: & quarum cognitione omnis fides, & sanctitas, pactorum continetur. Sed neque illud obscurum est, non omnem *errorem*, aut *ignorantiam*, pactiones dissoluere; sed illam duntaxat, quæ impedimento sit, ne veras officii nostri causas cognoscamus. Vt: si mutuat Titio pecuniam dederis, cum falso existimares, alios tibi nummos superesse, qui tuis necessitatibus suffecturi videantur; vel cum Titium, qui patris potestati subiectus est, & intemperii nocturnis agitatur, sui iuris hominem, & frugi esse, audiisses; nihil inter vos actum est, cum dare alteri mutuum, ratio non iubeat, nisi & tibi copia sit

fit nummorum, qui mutuo concedi possint: & nisi alter indigeat illis rebus, quas mutuo postulat: & spes denique supersit, tuum, quod dederas, recuperandi. Cetera vero tuto *ignorantur*; neque negotia talis *erroris* excusatione distrahantur, qui non effecit, ut aliter, ac res postularet, cogitares de tuo officio, & *voluntatem* declarares. Hinc recte *VLP I A N V S* *L. 9. §. 1. D. de contr. empt.*, nihil facere *errorem nominis* affirmat, si „de corpore consentiamus.„ Neque enim propter nomen duntaxat facile quisquam contrahere negotium creditur, aut mutare *voluntatem*; nisi hoc ab ipso fuerit antea verbis expressis indicatum. Quapropter etiam, si tu nummos *donandi animo* traderes, ego *quasi mutuos* acciperem; magis est, nihil obesse hunc errorem: cum & tu perspexeris, succurrendum meae inopiae: & me modestia mea prohibuerit, ne peterem, ut donares. Praeterea etiam, cum, re comperta, non contradixerim, neque nummos restituerim; probabile est ad fidem, me, si antea perspexissem animum tuum, accepturum fuisse, quod donatum est, & grati animi: significationem editurum. Sed ponamus, dissolui *errore* pactiōem. Si alter, cum quo negotium gestum est, nonnihil inde damni contracturus videatur; an liceat discedere a fide pactiōis, grauior est disputatio. Ut ecce: composui rationes meas, resque omnes ordinaui: in te spem & fiduciam collocaui: nihil dubitaui: credidi me pecunias ex pacto accepturum: creditori meo me soluturum, quod a te expectaueram, promisi; si fefelleris expectationem meam, & fidem deserueris, re carebo, quam, nisi a te fuisset spes mihi iniecta, ab aliis quaerere, & sine difficultate impetrare, potuissem. Enimuero expeditum est, resarciendi damni officium ad illos pertinere, quorum culpa, & vitio, *error* est commissus. Quapropter, si te in *errorem* induxerim; ne quid incommodi sentias, prospicere tenebor. Contra, si, quod plerumque accidit, tua praecipitantia, & facilitate, *erratum est*, neque meum officium, ut detegerem, aut exquirerem *errorem* tuum, postulauit; ipse damnum, tua culpa contractum, senties: ipse tuam culpam luere teneberis. Nec tamen commodius damnum resarcies, atque incommodo liberabis aduersarium, quam seruando pacta, ac promissa adimplendo, ad quae per *errorem* accessisti. Si enim discederes a pactiōe, & illud, quod interest, praestare, & damnum resarcire mallet; longa dinumeratione, quid alter incommodi inde accipiat, comprobandum esset: res in magna, & ancipiti disputatione versaretur: fides promissorum, vinculum humanae societatis, solueretur. Igitur, qui sua culpa in *errorem* incidit, tenetur pactiōe. Sed, si careas omnino culpa: & *probabili errore*, quem ne homo quidem idoneus & sapiens facile cauere possit, deceptus sis, atque ad paciscendum inuitatus; fatis quidem debes, & infortunio, quod in *errorem* incidisti: nec tamen animaduерro, cur possis discedere a pactiōe. Neque enim, si

natu-

naturam audias, aduersarium, cui nihil accidit, qui nihil commisit, sed tibi fidem habuit, atque omnia salua existimauit, cogere poteris, vt te sensu infortunii tui liberet, tua incommoda perferat, & fructu exuatur, quem ex tuo promisso expectabat. Vt ecce: cum tibi absenti procurator tuus persuasisset, exustas esse aedes tuas; idem etiam amici testarentur; tu, cum non dubitares de fide illorum, qui rem ad te rerulerunt, emisisti alias aedes, & pretium te soluturum, promissisti: sed postea intelligis, non tuas, sed vicini aedes igni periisse. In probabili *errore* versabaris, cum non haberes, quo minus procuratori & testibus crederes: aedes tuas conflagrasse; sed nec aduersarius peccauit, qui, cum res tuas ignoraret, tibi permisit, vt, quid faciendum sit, constitueres: emptione vero perfecta, rationes suas ita composuit, vt pretio aedium suarum, a te promissio, sine suo incommodo, carere non posse videatur. Poteris tu quidem vel cum procuratore, vel cum fortuna, conqueri, quod cogaris aedium pretium soluere, quas non emisisses, si saluas esse tuas aedes cognouisses. Sed infortunii tui partem in aduersarium transferre, aut a pactione discedere, naturali iure prohiberis. Nam praeter ius aduersarii tui, etiam reipublicae, & societatis, interest, sanctam esse fidem pactorum: & nullo facile titulo, aut excusatione, perturbati. Quod ni fiat; in lubrico erunt omnia: & moniti exemplo pacifcentes semper in posterum timebunt, vt rata sint negotia, quae pactione, & consensu, contrahuntur. Non ignoro, quid circa illud argumentum magnus PVFENDORFFIVS ^{e)} philosophetur. Ille tunc quidem, cum *errorem* meum, antequam res *tradita* fuerit, ipse deprehendam, & corrigam; aequum esse credit, vt mihi facultas poenitendi concedatur. Sed illud haecenus verum est, si ne alter quidem, quem in spem adimplendae fidei meae pacto adduxeram, res suas ita ordinauit, vt sine suo incommodo, re a me promissa iam carere non possit. Nam potuit, etiam priusquam res promissa *traderetur*, spem aliquam ex tua pactione inchoare: quam si tu falleres, & frustrareris; damnum aduersario, nulla eius culpa contractum, immerenti afferre videris. *f)*

§. V.

Non ausim affirmare eandem semper regulam, vbi de *errore* respondendum esset, Ictos veteres secutos. Longum foret, per omnia capita vagari. Sed pauca delibabimus: & primo, si in persona erratum fuerit, an valeat negotium? dispiciemus. VLP IANVS L. 15. D. iurisd. „si per errorem alius pro alio Praetor aditus fuerit; nihil valere: neque qui errent, illos in Praetorem consentire, existimat, cum nihil tam contrarium consensui, quam *error*, videatur. Et L. 2. pr. D. de iudic. illos demum

B 2

„con-

e) PVFENDORF. I. nat. & gent. III. 6. 6.

f) GYNDLING. l. c.

Ius erroris
ex legibus ci-
uilibus Ro-
manis.

„*consentire* in praetorem, qui sciant, se non subiectos esse iurisdictioni eius: ce-
 „terum, si *putent*, eius iurisdictionem esse; nullam fore iurisdictionem; cum, au-
 „tore IULIANO, *error* litigantium non habeat consensum. „ Sed cum quae-
 reretur, num valeant, quæ Barbarius Philippus, seruus fugitiuus, praetor creatus
 per *errorem*, & pro libero habitus, in praetura, edixerat? VLPIANO L. 3. D.
 de off. praet. aliter visum est: nihilque illorum reprobari placuit; cum potuif-
 set Populus Rom. si sciuiſſet, seruum esse etiam seruo decernere hanc potestatem.
 Mihi quidem videtur VLPIANVS non recte responsi rationem reddidisse.
 Neque enim consequitur: cum *potuisset* Populus Rom. Philippo, etiam ser-
 uo, decernere praeturam: quod probabile sit, *voluisse* etiam populum hanc
 ipsi dare potestatem, quamuis seruum fugitiuum esse cognouisset. Sed cer-
 tius est, propter vtilitatem publicam, & illorum, qui apud Philippum,
 vel lege, vel alio quodam iure, egerant: &, ne fides publica soluatur: ne
 lites ex litibus nascantur: neue publica negotia illo obtentu perturbentur;
 etiam illa, quae a seruo gesta sunt, seruari. Non multo secus HADRIA-
 NVS L. 1. C. de testam. rescripsit: „testes serui, an liberi fuerint, non
 „tractandum esse, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium
 „consensu, liberorum loco, quamuis per *errorem*, haberentur. „ Sed de
 illo argumento MENOCHIVS, g) BEYERVS, b) alii plerique, copiosius
 exposuerunt. In priuatis causis *error circa personam*, secundum iuris sub-
 tilitatem, vitiat negotium, quod subinde tamen, propter aequitatem, con-
 seruatur. Vt: si rem tibi tradidero, vt *meo* nomine Titio donares, & tu
 tuo nomine Titio dederis: Titius etiam, se rem a te donatam accipere, per
errorem crediderit: IAVOLENVS ait L. 25. D. de donat. „quantum ad
 „iuris subtilitatem, qui *erratum* est, rem accipientis factam non videri; sed be-
 „nignius esse, si agam contra eum, qui rem accepit, me exceptione doli
 „mali submoueri. „ Item, si procuratori meo rem tradideris, vt *mihi* ad-
 quireret; is ea mente acceperit, vt *suam* faceret; IULIANVS L. 37.
 §. 6. D. de A. R. D. nihil agi, respondit; sed si VLPIANVM L. 13.
 D. de donat. audias, „nihil agit procurator duntaxat in sua persona, sed res
 „mihi acquiritur. „ Hoc fere iure vtimur, si *in persona* fuerit *erratum*.
 Sed si *in rebus*, de quibus inter nos agitur, *error* quidam nos perturbet;
 vtrum ille impedimento sit, ne negotium perficiatur, videamus. Et gene-
 ratim POMPONIUS L. 57. D. de O. & A. „In omnibus negotiis
 „contrahendis, siue bona fide sint, siue non sint, si *error* aliquis interue-
 „niat, vt aliud sentiat, qui emit, aut conducit; aliud, qui cum his contra-
 „hit; *nihil valere*, quod actum est: & VLPIANVS L. 116. §. 2. D.
 „de R. I. qui *errant*, illos *consentire* non videri: & imprimis PAPINIA-
 „NVS

g) MENOCH. de arbitr. iud. quæst. I. qu. 75. p. 51.
 acad. XV. sect. I. n. 7.

b) BEYER. dissert.

„*NVS* L. 76. *D. de R. I.* In totum omnia, quae animi destinatione peragenda sint, non nisi *vera & certa* scientia, perfici posse, censuerunt. „ Speciatim, si de *corpore* per *errorem* dissenserimus, & tu me in vacuam possessionem fundi Cornelianum miseris, ego me in Sempronianum missum esse, putauerim, & in Cornelianum iero; nisi in nomine tantum *errauerimus*, ne *possessionem* quidem mihi adquiri, putat *VLPIANVS* L. 34. *pr. D. de A. vel A. poss.* quia *errans* adquirere non posse videatur: tantum abest, ut negotium *perfici* putemus, in quo ne quidem de *corpore* utriusque sententia concurrit. Si igitur me fundum Cornelianum emere *crederem*, tu mihi Sempronianum vendidisti: aut ego me Stichum emere tu Pamphilum absentem vendere *putasti*; cum in corpore dissentiamus, auctore *VLPIANO* L. 9. *D. de contr. empt.* nullam apparer esse emptionem. Sed *VLPIANVS* ab *errore in corpore errorem in substantia* seiungit, quem L. 9. *ff. 2. D. de contr. empt.* & L. 14. *D. eod. tit.* etiam *errorem in qualitate, & materia*, appellat. „Nullam, ait, esse venditionem, si in *substantia*, id est, materia & qualitate fuerit erratum; quia aliud pro alio venisse videatur. „ Sed interest, utrum in *genere* materiae, an tantum in *specie*, erremus. Neque enim necesse est, ut de *specie* consentiamus. Ut: si putarem, me virginem emere, cum iam esset mulier; emptio valebit: quia in sexu non erratum L. 11. *ff. 1. D. de contr. empt.* & si acetum pro vino veniat; erit emptio: si modo vinum acuit, nec fuerit ab initio acetum, L. 9. *ff. 2. D. d. tit.* Neque si aurum fuerit deterius, quam emptor existimauit: aut si viriola, quae aurea videbatur, aliquid auri habeat, quamuis magna ex parte aenea esse deprehendatur; distrahetur negotium; sed emptio valebit, si *PAVLLVM* L. 10. *D.* & *VLPIANVM* L. 14. *D. de contr. empt.* audiamus. Contra, si vinum non acuit; sed fuit ab initio acetum, quod pro vino vendebatur: L. 9. *ff. 2. D. d. t.* vel tu puerum emere existimasti, ego mulierem venderem, L. 11. *ff. 1. D. d. t.* vel aes, pro auro, veneat: vel mensam argento coopertam pro solida, mihi ignoranti, ipse ignorans, vendidisti; nihil actum est: & data eo nomine pecunia, auctore *IULIANO*, condicetur, L. 41. *ff. 1. D. de contr. empt.* *PAVLLVS* praeterea, utrum in re *principali*, an in *accessionibus*, *erratum* fuerit, distinguit; & si non intelligatur, quid ex pluribus rebus accesserit, cum de alia re venditor, de alia emptor cogitasset; nihilominus emptionem fundi *valere* arbitratur, L. 34. *pr. D. de contr. empt.* *POMPONIUS* etiam L. 52. *D. locat.* si in constituendo *pretio error* nos aliquis confundat; ut: si ego decem tibi fundos locem, tu autem existimes quinque te conducere; *nihil actum* esse censuit. Ex quibus rebus intelligitur, maiorem veteres *errori*, quam praecepta naturae coniuncta postulare videbantur, veniam dedisse.

§. VI.

*Error cir-
ca ritulum,
ex quo domi-
nium trans-
fertur.*

Sed, si ne de ipso quidem *negotio*, quod gerimus, consentiamus; res disputatione non indiget: sed constat, *errorem* prohibere; ne illud, quod inchoatum est, perficiatur. Inprimis in *transferendis dominiis* tanto diligentius observatum est, ne per *errorem* proprietas transeat; quanto magis publice interesse videbatur, non temere iactari dominia: sed cum cura quadam & providentia adquiri. Hinc *PAVLLVS L. 31. pr. D. de A. R. D. nuda* traditione non transferri dominia, praecepit: sed ita si venditio, aut alia *iusta causa* praecesserit, propter quam traditio sequatur. Sed *iusta causa* non praecedere intelligitur; nisi secundum *IAVOLENVM L. 55. D. de O. & A.* in illis, quae dominium transferunt, ex utraque parte *affectus* contrahentium *concurrat*. Nam siue ea *venditio*, siue *donatio*, siue quaelibet causa contrahendi fuit; nisi animus utriusque *consentit*, negotium non perficitur. Hinc fere is, qui *nescit*, rem, quae apud se est, sibi esse donatam: vel missam sibi, non accepit; teste *PAVLO L. 10. D. de donat.* dominium non adquirere videtur. Discederem ab hoc loco; nisi id monendum videatur: quod interdum, si alia *caussa idonea* non subsit, ex qua proprietas transeat; etiam *sola domini voluntas*, id agentis, ut dominium in accipientem transeat, non dissentiente altero, in locum *caussae idoneae* succedat. Neque enim *IUSTINIANO* aliquid magis convenire naturali aequitari visum est, quam *voluntatem* domini, volentis rem suam transferre, ratam haberi: quare cuiuscunque sit res corporalis, tradi potest, & a domino tradita, alienatur. §. 40. *I. de R. diu.* Quod etiam *GAIUS L. 9. §. 3. & 7. D. de A. R. D.* probavit: & praeterea de missilibus monuit, quod qui illa iactavit in vulgus, quamvis ignoret, quid eorum quisque excepturus sit; tamen eum, qui exceperit, dominum faciat: quia ab initio, eius esse, qui exceperit, *volebat*. *Voluntas* igitur domini, qui *putat*, se habere iustam causam, cur proprietatem transire patiatur, sufficiet alteri, non obluetanti, ad *dominium* iure civili *adquirendum*. Operae pretium videtur, id docere per exempla. Ut ecce: si quis sub conditione promisit pecuniam, sed dedit ea lege, ut, si conditio extitisset, pecunia in solutum cederet: nulla, praeter *voluntatem domini*, subest causa idonea, cur proprietas transeat: cum docente *VLPIANO L. 213. D. de V. S.* pendente adhuc conditione, nec cessisse dies, nec venisse videatur; & tamen, etiam antequam conditio existeret, pecuniam accipientis factam esse, *POMPONIVS L. 16. D. de solut.* respondit. Neque multo secus *VLPIANVS L. 7. §. 3. D. de iur. dot.* cum mulier dotem ante nuptias ita dedisset, ut *statim viri res fierent*; condicere eas, inquit, mulier misso nuncio debet. Sed vindicare illas non poterit: quia *voluntate* mulieris proprietas transiisse in maritum videatur. De qua re tantum abest, ut

CALLISTRATVS dubitet; vt potius, nisi euidenter aliud actum esse intelligatur, credendum existimet, id agi, vt res sponsi fierent; &, si nuptiae non secutae fuerint, reddantur, *L. 8. D. de iur. dot.* Imo vero, quamuis nec vir, nec vxor, nec nuptiae, nec *dos* intelligantur, si contra praecepta legum coierint, *§. 12. I. de nupt.* tamen etiam, si iuris auctoritate matrimonium constare non possit, non *vindicari* quidem rem, dotis loco traditam; sed iure condictiois restituendam esse dotem, ANTONIVS *L. 1. C. de condict. ob caus. dat.* & DIOCLETIANVS *L. 7. C. de interd. matrim.* rescripserunt. Non opus est, vt te multis detineam. Ipsa *indebiti solutio*, cum tu putares, te ex causa crediti, nummos tradere, transfert dominium; quamuis postea nulla iusta causa subfuisse intelligatur. Quapropter IUSTINIANVS *§. 1. I. quib. mod. re contrah. oblig.* non vindicari indebite solutum, sed condictitia actione repetendum, docuit. Quod etiam a V. C. GERARDO NOODT fuisse obseruatum intelligo. ⁱ⁾ Enim vero, si nulla alia sublit *caussa idonea*; tanquam ex *donatione* dominium transibit: quia secundum PAVLLVM *L. 53. D. de R. I.* „cuius „per errorem dati est repetitio, eius consulo dati donatio videtur, & secundum PAPINIANVM *L. 29. D. de donat. & L. 82. D. de R. I.* „id donatur, quod nullo iure cogente conceditur:„ quamuis illa donatio subinde sub certa conditione (etiam tacita) soluatur, *L. 1. pr. D. de donat.* atque aliquando, quod traditum est, condictioe repetatur.

§. VII.

Haecenus expositum est, non nisi *ex iusta causa*, quam veram putent contrahentes, dominium transferri: & dissensum in *caussa*, ne res adquiri possit, prohibere. Sed ne *vsucapi* quidem posse res tradita videtur; nisi *caussa* praecesserit, & de illa conuenerit inter contrahentes. Quamquam enim, secundum NERATIUM *L. 5. D. pro suo*, „quilibet *vsucapiat*, quod, cum suum *existimaret*, possederit;„ hoc tamen ita interpretandum est, vt *probabilis error* possidentis *vsucapionem* non impedire videatur: ceterum IUSTINIANVS generatim *§. 2. I. de vsucap. errorem falsae causae* *vsucapionem* non parere, affirmat: veluti, si quis, cum non emerit, emisse se existimans, rem possideret; cum praeterea in emptione & tempus, quo contrahitur, & illud, quo res traditur, inspiciendum esse, PAVLLVS praecipiat, *L. 2. pr. D. pro emt.* Igitur nec pro derelicto, quod *falso existimaueris* derelictum esse, *L. 6 pr. D. pro derelict.* neque pro legato *vsucapies*, quod, legatum esse *falso putauisti* *L. 2. D. pro legato.* Denique & pro donato is demum *vsucapiet*, cui res vere tradita fuerit animo donandi. Nec sufficit *opinari*, sed & donatum esse, oportet.

ⁱ⁾ GERARD NOODT de forma emendand. dol. mal. cap. XV. pag. 380.

oportet, si *PAVLLVM L. 1. pr. D. pro donat.* audiamus. Sed finge, quod *donata* tibi fuerit res aliena, quam tu *mutuo datam* arbitreris: si postea, detecto *errore*, corrigas opinionem, & cum intellexeris, donandi animo tibi traditam fuisse, *pro donato* possideas; an *vsucapere* possis, videamus. Et videris *pro donato vsucapere*: nisi forte timendum sit, ne credaris tibi ipsi *causam possessionis mutauisse*; quum, quod *quasi mutuum* accepisti, deinceps donatione intellecta, malueris *pro donato* possidere. Neminem enim sibi ipsi *causam possessionis* mutare posse, a veteribus, teste *PAVLO L. 3. §. 19. D. A. vel A. possess.* praeceptum est. Sed certius est, te tibi ipsi *causam possessionis* non mutasse. Bona enim fide, accepisti *quasi mutuum*, atque, ex voluntate domini, deinceps *pro donato* possedisti. Sed, quod vulgo dicitur, ipsum sibi *causam possessionis* neminem mutare posse: haecenus verum est; si quis sciens, se bona fide rem non possidere, *lucri faciendi causa* possidere inciperet. Ita enim *IULIANVS L. 33. §. 1. D. de usurp.* respondit. „Hoc etiam in causis similibus subinde obseruatum est. Vt ecce; si quis emerit fundum sciens, ab eo cuius non erat; *pro possessore* possidebit. Sed si eundem a domino emerit; incipiet *pro emptore* possidere, nec videbitur, sibi ipsi *causam possessionis* mutauisse. Idem iuris erit, etiamsi a non domino emerit, cum eum esse dominum existimaret. Idem hic, si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum eius *possessionem* acceperit, incipiet fundum *pro herede* possidere, nec videbitur *causam possessionis* sibi mutauisse.„ Detecto igitur *errore*, *pro donato* *vsucapies*, quod antea *quasi mutuum* cepisti possidere.

§. VIII.

*Lex XVIII.
D. de R. C.
exponitur.*

Habes iam fere omnia, opinor: ut iam facile de IULIANI, VLPIANI etque dissensu sententia dici posse videatur. Sed primum de *VLPIANO* videamus. „Si ego, inquit, *pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias*; *IULIANVS* scribit, *donationem non esse*. Sed „an *mutua sit, videndum*.„ *CVIACIVS* ^{k)} *causam*, de qua hac lege disputatum est, esse scholasticam credidit; id est, quales studiosis thetoretices olim dari solebant declamandae. Neque enim affirmare audet, posse eiusmodi speciem subinde etiam in foro obuenire. Sed aliter certe *TRIBONIANO* visum est, qui titulo *de reb. cred.* illam disputationem inseruit: ut daret iudicibus regulam, quam, si quid tale euenisset, sequerentur. *Graeci* etiam ex usu esse putauerunt, si & ipsi huius controuersiae modum definirent: & cum vix aliud quidquam, quod ad forum non spectaret transcriberent; *libro 23. L. 18.* Βασίλειον ^{l)} *VLPIANI* legem his fere verbis expref.

^{k)} *CVIAC.* ad lib. XII. dig. tit. I. num 18. edit. *FABROTTI* T. IV. part. I. pag. 709. ^{l)} edit. *basilic.* *FABROTT.* T. III. p. 225.

expresserunt: Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δοξόμενος δώσω, σὺ δὲ δέξῃ ὡς δανειζόμενος, & δέτερον ἔρξωται, καὶ ὃ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα· ἐν δὲ δαπανηθῶσιν, ἔχεις δόλῃ παραγραφὴν, ὡς κατὰ γνῶμην μὲ δαπανήσας. Ad quem locum illud monendum est: τὸ δανείζεσθαι, non *foenus*; sed *mutuum gratuitum*, in quo usuras nemo promiserit, notare; quamvis plerumque *græci* ἐπὶ μεγάλοις τόκοις adjiciant: vel, si nihil addiderint, *foenus* intellexisse videantur. Sed *VLPIANVS* non de *foenore*, sed de *mutuo* disputat. Quod adducendum fuit, ne quid nos postea perturbet. Ergo & *Græci* intellexerunt, posse aliquando accidere, ut ille, cui *donatum est*, se rem quasi *mutuam* accepisse, arbitretur. Neque difficile fuit, illud affirmare, si *SCHILTERVM* ^{m)} audiamus, qui hanc speciem proponit: „rogasti me absentem per litteras, ut tibi centum crederem. Misi pecuniam per nuncium tuum, cum epistola, *quasi donaturus*; tu, instrumento donationis a nuncio tuo amisso, pecuniam, *quasi mutuam* accipis; cum me pœniteret donationis, & epistolam meam perditam, comperissem: repeto nummos traditos rei vindicatione. Tu interrim ex reperta epistola mea cognouisti, me donare voluisse; & donationis vteris exceptione. Haftenus *SCHILTERVS*. Habes igitur donatarium, qui rem donatam, quasi mutuam accepit. Sed quaerit *VLPIANVS*: an donatio sit, quod gestum est inter contrahentes? Et *IULIANO* consentit, qui scripserat: *donationem non videri*; seu, quod deinceps apparebit, donationem, ex *accipientis* parte, initio *perfectam*, & *expressam* non fuisse. Accepisti primum caput controuersiae, quam *VLPIANVS* disceptauit. Quaeris rationem? Illam *CVIACIVS* a *IAVOLENO L. 55. D. de O. & A.* indicari credit: „qui in omnibus rebus, quae dominium transferant, & eximie, in *donationibus*, nisi animus utriusque contrahentium *consentiat*, atque in vnam sententiam concurrat, nihil illorum valere, quae gesta sunt, respondit. Sed accipiens rem, quae animo donandi mittebatur, non *donatam*, sed *mutuam* esse credidit; ut de caussa dissensisse videantur. *SCHILTERVS*, ne *postea* quidem, ex mente *VLPIANI*, donationem stricto iure perfici putauit, atque ex *L. 210. D. de R. I.* rationem, & *LVCINII RVFINI* sententiam, repetit: „quae ab initio inutilia sint, ex post facto, conualescere non posse. Quod an verum sit, deinceps locus erit exponendi. Sed quidquid illorum fuerit; certe secundum *PAVLLVM L. 69. D. de R. I.* „inuito beneficium non datur; atque uti, nemo „ignorans & inuitus donat, *L. 10. C. de donat.* ita, nec liberalitas nolenti „adquiritur, secundum *VLPIANVM, L. 19. D. de donat.* Ergo donatio esse non videtur. Sed an *mutua sit*, videndum: pergit *VLPIANVS*: & puto, nec *mutuam esse*. Putat *VLPIANVS*, non certum, & expedi-

tum

^{m)} SCHILT. exercit. ad ff. L. XII. tit. I. de R. C. thes. 37.

tum habet: rem esse ancipitem agnoscit. Sed *putat*: non esse *mutuam*: quamvis ille, qui nummos tradiderat, etiam plus dare voluerit, quam mutuum: habueritque animum donandi. Obstat enim CELSVS, qui *mutuum*, nisi inter *consentientes*, fieri non posse, L. 32. D. de R. C. affirmat. Et IULIANVS etiam L. 19. pr. D. eod. t. videtur prohibere, qui: „Non omnis, inquit, numeratio eum, qui accepit, obligat; sed quoties id ipsum agitur, *ut alter confestim obligetur*. Sed donator non dedit hoc animo, ut accipientem obligaret. Neque igitur *quasi mutuum*, quod gestum est, valebit. Plus dicit VLPPIANVS: *magisque*, inquit, quasi non in illo subsistat, quod nec *donationem* esse, nec *mutuum*, responderit: quasi longius progrediatur: *magisque*, qua fere particula veteres diffensionem, quam ab aliis faciunt, subinde solent indicare, *magis* igitur, quidquid alii, atque ipse IULIANVS, in partem contrariam disputent, „nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Neque enim videbatur, nisi ex iusta causa, consensu constitutum posse dominium transferri. Qua propter cum nec tu in donationem, nec donator in mutuum consenserit, & præterea dominium, teste PAVLLO l. 3. §. 4. D. de a. vel a. poss. nisi ex una duntaxat causa, in quam vterque consenserit, non transcat; nec acquirere aliquid accipientem, nec valere illorum aliquid, quæ acta sunt, putavit. Quoniam igitur dominium non transit, quomodo recuperare, quod tuum est, possis, deliberandum est. Si extet pecunia, quam donandi animo dederas, qua actione experiri possis, VLPPIANVS non definit rem in medio relinquit. CUIACIVS rei vindicatione utendum esse existimat, quum dominium quod in alterum non transit, apud te residere videatur. Et puto ex mente VLPPIANI, recte CUIACIVM sensisse. Sed de pecunia consumpta pergit VLPPIANVS: „si nummos consumpserit, licet con-
ditione teneatur: tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem domini nummi sunt consumpti. Duo respondet VLPPIANVS, & quasi vtrumque litigantium armat & instruit: *condictione* donatorem, qua petat illum, cui rem tradidit: & *exceptione doli* donatarium, qua defendat impetum petentis. De *condictione* prius disputemus. Si eos consumpserit, inquit ICTVS, *licet condictione teneatur*: ergo ex ipsa consumptione nascitur *condictio*: cum rei vindicationi, re non amplius extante, locus esse non possit: nec ad exhibendum agi posse videatur. Non enim *mala fide* consumpseras, qui *mutuum* tibi datum esse errore probabili opinaberis. Ita ius esse VLPPIANVS L. 11. §. 2. & L. 13. pr. D. de R. C. respondit. Sed qua *condictione* usurum esse dominum? dicemus. Quibusdam visum est, *mutuum*, quod antea non erat, vel constitui, vel certe perfici, *consumptione*: adeoque accipientem *condictione certi quasi ex mutuo*, teneri. ⁿ⁾ Vocant enim VLPPIANVM in

ⁿ⁾ LYNCK. ad inst. II. 8. §. ult. p. 108. SCHILT. l. c. th. 40. DVAREN. in C. h. t. c. 2.

in partes, qui *L. 13. D. de R. C.* „si fur, inquit, nummos alienos tibi creden-
 „di animo dederit, nummos accipientis non facit; sed *consumptis illis nascitur*
 „*condictio.*„ Certius est, *mutuum*, quod nec antea valebat, *non perfici con-*
sumptione. *VLPIANVS* enim nec transiisse dominium, putauit. Quapro-
 pter, si *PAVLLVM l. 2. §. 2. D. de R. C.* præipientem audiamus, quod ex
 meo tuum non factum fuerit, *mutuum* esse non videtur. Præterea *CELSVS*
 etiam *l. 32. D. eod. t. mutuum*, nisi inter *consentientes* fieri non posse, arbi-
 tratur. Ergo cum dissenserit dominus, non videris *ex mutuo* teneri. Sed de
condictione indebiti videndum. Et expeditum est, quamuis affine sit *indebi-*
tum mutuo; tamen non repeti posse, quod tibi datum est, *indebiti condictio-*
ne. *POMPONIUS* enim *l. 7. D. de indeb. cond.* quod *per errorem* solui-
 tur, *indebitum* repeti, præcepit. Sed si *sciens*, te non debere, solueris; *VL-*
PIANVS l. 1. D. d. t. monuit, cessare repetitionem. Igitur, cum tu neque
per errorem, sed *sciens*, & consulto, neque *quasi debitor*, sed exercendæ li-
 beralitatis causa, nummos tradideris; non recte repetere *indebitum* videris.
 Cuius enim *per errorem dati* repetitio, eius, si *PAVLLVM l. 53. D. de R. I.*
 audiamus, *consulto dati*, *donatio* videtur. *VLPIANVS* igitur, si quid recte
 intelligo, passus est, te *condictione sine causa* experiri. Neque *donationis*
 enim *causam*, nec *mutui*, perfectam fuisse, cum rem donatam, quasi mutuam
 acciperes, *VLPIANVS* arbitratur. Ergo *condictioni sine causa* locus est:
 quam generatim *VLPIANVS*, atque *AFRICANVS, l. 1. §. 4. D. de cond.*
sine caus. concesserunt: neque, utrum promiserit quis sine causa, an dederit:
 ab initio, sine causa res tradita, an causa non secuta sit: ab utraque, an ab al-
 tera duntaxat parte causa defecerit, & res redierit ad non iustam causam; di-
 scrimen admiserunt. Eleganter *CELSVS l. 32. D. de R. C.* rem totam ex-
 plicat: „&, quamuis tibi *mutuum* non dederim, tamen, quia mea pecunia ad
 „te peruenit, eam mihi a te reddi, *bonum & æquum* esse, teque *condictione*
sine causa compellendum esse, arbitratur. Ex *bono & æquo* igitur *condictio*
sine causa nascitur, ut *lucrum iniquum* habentibus extorqueamus: neue illos,
 qui *sine causa* acceperant, cum damno nostro fieri locupletiores patiamur.
 Hoc probabili obtentu *VLPIANVS, donatorem*, quod ex causa, non omnino
 perfecta, tradiderat, petere posse arbitratur.

Sed de accipiente videamus. *Licet condictione*, inquit, *teneatur, ta-*
men doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi
sunt consumpti. Enimuero donator, dum repetit pecuniam, quam donandi
 animo dederat; *condictionem ex æquo & bono* descendantem, in occasionem
fraudis trahere, & *lucri faciendi* animo uti remedio videtur, quod propositum
 fuerat a legislatoribus, ut obicem hominibus cupidis opponerent, atque ini-
 quum *lucrum* prohiberent. Neque enim donator suspicionem *fraudis* diluet,
 qui *factum suum* impugnabit, & quod illo consilio dederat, ut accipientis fa-

ceret, abusus eius errore, & modestia, reposcet. Ne patri quidem VLP-
 IANVS ignoscebat, qui post mortem filiae suae ausus fuerat, *aduersus factum
 suum*, quasi non iure illam emancipasset, controuersiam mouere: & l. 25. pr.
D. de adopt. durum illud esse, & acerbum, arbitratur. Neque enim, qui
 rem donatam, quasi mutuam accepit, cum donatoris damno locupletior fieri
 videtur; cum sua illud, si quod est, damnum, culpa, sua voluntate donator
 sentiat; ideoque illud omnino non sentire censeatur. SCHILTERVS o) vel
 ex hac caussa *condictionem* donatoris *doli exceptione* ab VLPIANO infirmari
 putat; quia *donationem* etiam alter, re comperta, *consumendo acceptasse*, &
 quidquid antea vitii fuerit, purgasse videatur. Sed pignore certarem, illud
 VLPIANO in mentem non venisse. Nam si *acceptatam* consumendo dona-
 tionem credidisset; apparet, non *doli* duntaxat *subsidiaria exceptione*, sed &
 rei *donatae* titulo, illum, cui res tradita fuerat, defendi potuisse. Illustr. SA-
 MUEL STRYKIVS p) vel ex hac sola ratione exceptionem dari credidit,
 quia PAVLLVS atque ARRIANVS l. 47. *D. de O. & A.* vt faciliores simus
 ad liberationem, praeeperunt. Sed sola iudicantium facilitas, nisi aliud quid-
 quam caussae sublit, actorem aequa postulantem, vix repellet. Si rem ob ori-
 gine repetas, *doli exceptionem* praetor proposuit, ne cui *dolus* suus, per occa-
 sionem iuris civilis, profit contra *naturalem aequitatem*. Id enim PAVLLVS
 l. 1. §. 1. *D. de dol. mal. except.* indicauit. Hinc actorem, qui donationem
 ex iuris subtilitate, infirmabat, factumque suum *condictione* impugnabat, VL-
 PIANVS censet *exceptione doli* repellendum. Et habet rationem VLPIANI
 sententia, quod *doli exceptionem* concedit: cum *pacti*, quod *dissensu* contra-
 hentium perturbatum existimabatur, *exceptio* dari non posse videretur; in
 cuius locum fere *doli exceptio* succedit. Qui enim *pacti exceptione* uti ne-
 queunt, illos poscente *aequitate*, tamen *exceptione doli* vfuros, IULIANVS
 scribit, & reliqui plerique consentiunt, teste VLPIANO l. 10. §. 2. *D. de
 pact.* Et generatim, cum aliquid factum ab actore, quod fieri non oportuit,
 aut cum aliquid petit, quod *exceptione elidi* potest; secundum PAVLLVM,
 atque VLPIANVM, l. 20. *D. de except.* & l. 2. §. 5. *D. de dol. mal. ex-
 cept.* agentem *doli exceptio* repellit. Hinc fere cum pupillo solui, & delega-
 ri, sine tutoris auctoritate nequeat; tamen si soluerit ei debitor, & nummi salui
 sint, petentem pupillum, cum *solutionis exceptione* non posset, debitor *exce-
 ptione doli* submouebit. Id enim PAVLLVS l. 15. *D. de solut.* praecipit.
 Ne te diutius teneam; donatorem, qui donationem imperfectam aduersus fa-
 ctum suum impugnabat, *doli exceptione* etiam IAVOLENVS l. 25. *D. de
 donat.* repulit, & quid indicaret VLPIANVS, vere prauiuit verbis conceptis:
 „Si rem, inquit, tibi dederim, vt meo nomine Titio dares, tuque tuo nomine
 „dederis; quantum ad iuris subtilitatem, accipientis facta non vdetur; sed be-
 „nignius

o) SCHILT. l. c. thes. XL.

p) STRYK. ad LAVTERBACH. h. t.

„nignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, me *exceptione doli malæ* submoueri.„ Ergo *doli exceptione* repellitur, qui factum suum contra *æquitatem* impugnauit. *Labeo doli exceptionem* mitigat subinde, & *præscriptione in factum* data, actorem, res donatas repetentem, excludendum arbitratur. „Si quis statuam, inquit, in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, & postea illam repetit, excludi eum oportet, *præscriptione in factum data*, l. 23. D. de except. Perinde, ut contra illos, quibus reuerentiam debemus, si doli exceptio competat, excipiendum esse *in factum* VLP IANVS l. 4. §. 16. D. de dol. mal. except. tradidit. Iniquum igitur videtur, quod animo alienandi & donandi tradideras, reposcere a possidente. Quapropter, ex mente VLP IANI, quæ ab initio non perfecta erat donatio, exceptione confirmatur, atque conualescit.

§. IX.

Accepisti mentem VLP IANI; sed magistrum artis, cui & VLP IANVS Mens IV- plerumque obtemperat, quemque & nos sequendum arbitramur, IVLIANVM IANI ex L. audiamus. „Cum in corpus, inquit, consentiamus, in causis vero dissentia-^{36. D. de A.} mus, non video, cur inefficax sit traditio?„ Ne credas partium studia a IV-^{R. D. expli-} LIANO, VLP IANVM seiunxisse. Repugnat enim IVLIANI humanissimi Icti, ingenium: & quæ relicta sunt, comprobant: non auctoritate responden-^{catur.} tium, sed consilio ipsum, & rationibus, moueri. Quamvis enim l. 5. D. ma- num. vind. IAVOLENVMS, ex SABINIANORVM schola Ictum, laudet præ- ceptorem suum, & cum alibi passim, tum l. 3. §. 6. D. de lib. & posth. SA- BINI & CASSII, & l. 9. §. 1. D. de stip. seru. certe CASSII dicatur sen- tentiam secutus; tamen ubi res postulare visa est, l. 6. §. 1. D. de lib. & posth. SABINIANOS deseruit: & præferre opinionem PROCVLI maluit; quam partibus, & præceptoribus dare, quod veritati detraxisset. Remota igitur ambitione, inquit rationem, omnia exquirat, non putat tantum, ut VLP IANVS, non hæret in lubrico; sed, ut TULLII verbis utar, quasi explicasset, atque excussisset omnem intelligentiam suam, & prouidenter circumspexisset, confirmato animo, non animaduertit, cur inefficax sit traditio, quamvis dis- sentiant in causis contrahentes.

Sed forte IAVOLENVMS, IVLIANI præceptor, te perturbat, qui l. 55. D. de O. & A. „in omnibus causis, quæ dominium transferrent, siue donatio sit, siue quælibet alia causa contrahendi, nisi animus utriusque consentiat, perducere ad finem, quod inchoatum est, non posse, arbitratur.„ Permittit enim IVLIANVS, ut transferatur dominium, quamvis dissentiamus in causis transferendi. Contra IAVOLENVMS nihil ratum habet, nisi de titulo & causa conuenerit inter contrahentes. Nec tamen existimo, IAVOLENO IVLIA- NVMS hoc loco controuersiam mouere. Ne quis illam suspicionem concipiat

animo, pergit IULIANVS: „*veluti, si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi: nam & si pecuniam numeratam tibi tradam, donandi animo, tu eam, quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi, atque accipiendi, dissenserimus.*” Constat, inquit, proprietatem ad te transire: ut intelligatur, de illo argumento non ambigi: hoc ius certum esse, eoque uti ciuitatem: cum IULIANVS contra putet duntaxat, atque ab opinione communi se seiungat. Constat, si alter donandi animo dederit, tu quasi mutuam acceperis, quamuis alter causam, ex qua nihil reddi debeat, intellexerit, alter de causa senserit, ex qua res esset in genere reddenda; non impedimento esse dissensum, quo minus proprietates in accipientem transferatur. Hoc ius expeditum esse, & certum, IULIANVS, arbitratur. Hinc igitur colligit: multo magis, si vterque aliquod negotium, quod eandem obligationem contineat, tractari & subesse existimauerit, dominium transire; quamuis in causis specialibus interuenerit dissensus. Veluti, cum alter ex testamento, alter ex stipulatu deberi fundum crederet, sed vterque tamen iure perfecto deberi rem existimaret. Nolim igitur censeas, quod omnem traditionem IULIANVS, de cuius causa fuerit aliquis inter nos dissensus, ratam esse iubeat, & sufficere existimet, si in corpus consentiamus; quamuis inter nos plane non conueniat de causis. Illud enim oppido falsum est; nec potuisset a IULIANO, tanquam sententia communis, & recepta, explicari. Quapropter fallitur omnino STRYKIVS, q) qui hoc solo perfici negotium putauit, quod vterque & donans, & quasi mutuum accipiens, id egerint, ut dominium in accipientem transferatur. Supra enim a nobis comprobatum est: proprietatem, nisi ex causa idonea, in accipientem non transire: & si tradens, rem abscisse, aliaque causa non adiecta, velit accipientis fieri; donationis certe, cui accipiens non obluetur, aliquam speciem subesse. Ausim affirmare, nunquam IULIANO in mentem venisse, quod dominium transferri possit, quamuis in nullam omnino causam consensissent contrahentes. Sed ostendunt species subiectæ, tunc demum ex IULIANI sententia dominium transire, si non solum de proprietate transferenda; sed etiam de generali quadam causa, sine qua nunquam dominium transfertur, conueniat inter contrahentes, quamuis in specialibus titulis dissentiamus. Ut ecce: cum alter ex testamento, alter ex stipulatu rem deberi, quæ traditur, existimaret; vterque generatim rem creditam esse, & deberi arbitrabatur; quamuis ex altera parte, in causis credendi, & debendi, error quidem nos perturbauerit: item: cum tu donandi animo traderes, ego quasi mutuum acciperem; de eo inter nos conuenit: liberalitatem, cui, & in donatione, & in

q) STRYK. ad LAVTERBACH. l. 6.

in mutuo locus est, a te exerceri, & *negotium gratuitum*, inter nos contrahi; quamvis de liberalitatis specie dissentiamus. IULIANVS igitur ait: sufficere, si de *generali* quadam *caussa* transferendi domini consentiamus. Quæ sententia habet rationem, cum & supra a nobis, ubi de *errore in substantia*, & *qualitate*, disputatum est, ostensum fuerit: *generali* etiam perfici negotia *consensu*; quamvis inter contrahentes non conveniat de *speciebus*. Vt ecce: cum in sexu erratum est: tu *puerum* emere putares, ego *mulierem* venderem; nulla emptio, nulla venditio intelligitur: quia ne de *genere* quidem inter nos convenit. Sed, si ego me *virginem* emere putarem, cum esset iam *mulier*, ait VLPIANVS, valere emptionem: quia in sexu non erratum, L. ii. §. i. D. de *contr. empt.* seu, quod idem est, quia sufficit, de *genere* nos consentire; quamvis de *speciebus generis* in partes diuerfas abeamus. IULIANVS igitur recte, si alter *donandi* animo dederit, tu *quasi mutuum* acceperis, transferri dominium, respondit; quia quamvis in *specie dissenserint*, tamen in *genus* quoddam liberalitatis contrahentes *consenserunt*.

§. X.

Hæc tractata sunt, ut quid inter IULIANI, atque VLPIANI sententiam intersit discriminis, intelligatur. DVARENVS, nullam esse inter illos controuersiam, indicat: alterum de *dissensu ex errore*, alterum de *dissensu*, cuius vterque sibi sit conscius, & quem *destinatum* appellare quis possit, disputare. ¹⁾ Sed illustris Ictus studio pacis nimium indulgit: & non attendit, IULIANVM de his, qui *crederent*, & *existimarent*, se ex alia *caussa* dare, atque accipere; VLPIANVM de illis, qui *alia opinione*, ac datum esset, acceperint, in lege adducta respondere. Quæ vtriusque verba, nullam, nisi *erroris*, interpretationem recipere videntur. Igitur, non de *dissensu* illorum, qui pugnant inuicem atque *contradicunt*; sed de *errore*, qui prohibet *consensum*, quamvis litem ab initio non pariat, inter vtrumque Ictum disceptatur. CUIACIUS ²⁾ ad duo capita retulit, IULIANI, atque VLPIANI disputationem. Primo IULIANVM scribere, teste VLPIANO: si alter animo *donandi* tradiderit, alter *quasi mutuum* acceperit, donationem non videri. Contra, largiri quidem VLPIANVM: quod *ab initio* non sit donatio; sed *existimare*, quod *donatio exceptione doli mali conuatescat*. Habes primum caput controuersiae tractatæ. Deinceps IULIANVM disputare: quod *mutuum* contractum, & dominium translatum sit; quamvis alter alia mente, ac datum fuerat, accepisset. VLPIANI vero sententia: nec *mutuum* esse; magisque nummos non fieri accipientis. Falso. Tacet IULIANVS de *mutuo*: quod etiam CUIACIUS agnoscit; & se tamen *audacter affirmare*, profitetur: quod IULIANVS crediderit, esse *mutuum* contractum. Neque SCHILTERVS *mutuum*

1) DVAR. in C. Si cert. pet.

2) CUIAC. ad dig. l. c.

tum a *CVIACTIO* discedit; sed neutrum *ICtum* dubitare, credit, quod accipiens *condictione personali* teneatur. De *rei vindicatione* duntaxat nummis extantibus *VLPIANVM* cum *IULIANO* controuersiam, atque dissensionem, exercere. *Audacter* certe *magnus CVIACIVS* definiuisse modum controuersiae videtur. Enimuero res tota fere ita accipienda est: *IULIANVS* ait, quamuis in causis dandi, atque accipiendi dissenserint, tamen translatum dominium videri: quia utrinque sententia generatim, in contrahendum negotium gratuitum, concurrat: & consensum in idem genus negotii sufficere, ut proprietas transeat; quamuis de causis specialibus non conueniat inter contrahentes. Ita enim sensisse *IULIANVM*, subiectae ab ipso species videntur comprobare. De *mutuo* nihil adiecit *IULIANVS*. Et quamuis, *donationem* non esse, scripserit; hoc tamen ita intelligendum est, ut ab initio *donatio*, *utrinque expressa*, non esse videatur *IULIANO*: sed statim tamen negotium ex *consensu tacito*, & probabili, quasi donationem iudicat valere. Hinc neque reali, neque personali, actioni locum esse. Habes mentem *IULIANI*. *VLPIANVS* contra censet: non transisse dominium; quia alia opinione res accepta, ac tradita fuisset: adeoque nec donationem, nec mutuum, contrahi *dissensu* potuisse: nummis extantibus teneri accipientem *rei vindicatione*; consumptis, *condictione sine causa*: sed propter aequitatem, ne actori suum factum impugnare liceat; condicentem *exceptione doli* submoueri: & donationem, quae secundum *iuris subtilitatem* non valebat, *exceptione* sustineri.

§. XI.

IULIANI
sententia
praefertur,
probatumque:
translatum
esse domi-
nium; &
mutuum esse
speciem do-
nationis.

Explicata, & disposita, est acies utrinque: superest, ut concurramus. Nos quidem sub *IULIANO* militabimus: & primo ex illa parte vincemus, credo, qua *IULIANVS*, *dominium transferri*, & efficacem esse traditionem, voluit. Nihil enim *IAVOLENVS*, atque *POMPONIVS*, morantur, postulantes: ut in transferendis dominiis maxime, *voluntas eadem* ex utraque parte contrahentium concurrat. Sed probatum est: sufficere, si in *idem* negotiorum genus inter nos consentiamus. Et ausim affirmare, *mutuum* esse *speciem donationis*. Ita enim *SENECA* ^{t)} praecepit: „quemadmodum, inquit, „ei, qui voluit mihi *pecuniam credere*, sed non *credidit*, nihil debeo; ita ei, „qui voluit mihi *beneficium dare*, sed non potuit, amicus quidem ero, sed „non obligatus. Et volam ipsi aliquid praestare, nam & ille voluit mihi: ce- „terum, si benigniore fortuna usus, praestitero; beneficium dederam, non gra- „tiam retulero. Ille mihi gratiam debet referre; huic initium a me fiet nu- „merandi. „ Ergo & *mutuum beneficii* appellatione continetur. Sed luculentius *PAPINIANVS* *L. 29. pr. D. de donat.* & *L. 82. D. de R. J.* „*Donari*, inquit, *videtur, quod nullo iure cogente conceditur.* „ Ergo & *mutuum do-*

t) *SENEC.* lib. VI. de benef. cap. XI.

donationis naturam induit, quum, liberalitatis exercendæ gratia, nummorum meorum *usus* tibi *gratis* concedatur. Neque impedimento est, quod tantundem in *mutuo*, cum dies venerit, reddere iuberis. Nam & hoc *beneficii loco* accipis, quod meos nummos *interim* tuos faciam: & fœnus non exerceam, quod ex mea pecunia ad me redire potuisset. Illud enim fere POMPONIVS *L. 9. pr. D. de donat.* indicat: „in ædibus, inquit, alienis habitare *gratis*, *donatio* videtur: id enim ipsum capere videtur, quod mercedem pro habitatione non soluit. Potest enim, & *citra corporis donationem*, valere *donatio*. Veluti, si *donationis causâ* cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam. Et, si non fundum, sed fructus perceptionem, tibi donem, fructus percepti venient in *donationis* computationem. Hactenus POMPONIVS respondit. Imo vere nec VLPIANVS hac parte resistere poterit, qui *L. 18. §. 1. D. de donat.* „si seruum, inquit, tibi tradidero, ad hoc, vt eum manumittas post quinquennium; non ante quinquennium agi poterit: quia videtur *aliqua donatio inesse*. Habes igitur *donationem*, cuius natura absoluitur, si aliquid *gratis* concedatur; quamvis reddi debeat aliquando, quod datum est: & usu finito locus sit exactioni. Neque multum nos IULIANVS perturbabit, qui, *L. 1. §. 1. D. de donat.* „per *donationem* factum demonstrari, docet, quod ab eo proficiatur, qui liberalitatis exercendæ gratia, det aliquid, vt confestim faciat accipientis: „*nec ullo vnquam facto ad se reuerti velit*. De *donatione* enim eximia, seu *propria*, agit illo loco IULIANVS: & statim subiicit: posse *donationem* fieri, quæ sub *conditione*, etiam *temporis*, solvatur. Præterea certe *usum* illius temporis, quo *mutuum* durauit, nullo vnquam facto ad se reuerti voluit ille, qui rem tradidit: neque id, quod interest, nisi fœnore ponat pecuniam, præstari. Sed non videris assentiri de dominio translato: quia, quamvis de *liberalitate exercenda* contrahentes consenserint; illos tamen in hanc *beneficii speciem*, quam *mutuum* solemus appellare, & quam accipiens animo propositam habebat, consensisse pernegabis. Primo quidem, non opus est, vt in eandem *causam specialem* vtriusque sententia concurrat; sed vel *generalem titulum* sufficere, vt *proprietas* transire videatur, respondemus: quod a nobis supra demonstratum est. Sed, si persueras, eximam tibi hunc scrupulum: & tradentem quodammodo etiam in *mutuum* consensisse, affirmabo. Enimuero tradens etiam *plus volebat*: etiam *irreuocabiliter*, quod dicunt ICI, pecuniam transferre; cum tu dominium peteres, ex quo translato tantundem aliquando restituere volebas. Sed audiamus PAVLLVM *L. 110. pr. D. de R. I.* „qui in eo, quod plus est, *semper & minus inesse*, arbitratur; atque alio loco: qui putat, se decem dare iussum, cum quinque iussus sit: si decem dederit, heredem fieri censet adeundo, *L. 74. pr. D. de A. vel O. her.* Ergo, qui decem dederat, etiam quinque dedisse videbatur. Certe ita etiam POMPONIVS *L. 52. D. de locati*,

respondet: &, si ego, inquit, *minoris* me locare sensero, tu *pluris* te conducere: utique non *pluris* erit conductio, quam quanti ego putauero. Et habet illud rationem, quod conductor, qui etiam in maiorem mercedem consenserat, potius illud minus, quod locator postulauerat, probaturus videatur. Non igitur cogitari ratio idonea poterit, aut animo effingi, ex qua quis nummos mutuos concedere negaret, quos etiam donare voluisset.

§. XII.

Quasi donationem hoc loco valere, quod quasi mutuum acceptum est, ostenditur.

Habes igitur primum argumentum, ex quo translatum esse in proposita specie dominium intelligatur. Neque tamen facile me adduci patiar, ut *mutuum* duntaxat esse, quod *donandi* animo traditum, & *quasi mutuum* acceptum est, existimem; quamuis illud magnis & illustribus ^(Cris u) omnino verius esse videatur. Quapropter, an non magis sit *donatio*? dispiciamus; quamuis, si vel omnia alia deficient, etiam *quasi mutuum* sustineatur. Et credo, donationem esse, quod gestum est inter contrahentes. Enimuero accipiens *mutuum* rogauit, aliquando, cum dies venerit, tantundem redditurus. *Donator* non negauit: sed illud, quod tradebat, *reddi noluit*; debitorem *confestim liberauit*: debitum remisit. Finge, accipientem noluisse rem *donari*. Certe *donatio* valebit. Possumus enim, si POMPONIO L. 23. *D. de solut.* obtemperamus, etiam *inuiti*, atque *ignorantes*, *liberari*; cum docente GAIUS L. 53. *D. de R. I.* „lure civili „constitutum sit, ut liceat etiam *ignorantis*, atque *inuiti*, *melio- rem facere „conditionem.*” Ex eadem causa VLPIANVS, posse nos, etiam *inuito* debitore, *pecuniam constituere* L. 27. *D. de constit. pec.* respondit. *Mutuum* igitur quod accepisti, sed *donandi* animo a creditore traditum est; te *liberato*, quasi *donatio* valebit. Non multo secus enim HERMOGENIANVS L. 6. *D. pro donat. donationis*, inquit, causa, facta venditione, non pro *emptore*, sed pro *donato*, res tradita usucapietur. Imo vero, ne putes aliud in *usucapione*, aliud in *transferendo dominio*, seruari; audiamus VLPIANVM, qui L. 36. *D. de contr. empt.* „Cum in venditione, inquit, „quis pretium rei ponit, *donationis causa non exacturus*; non videtur „vendere.” Sed *donare* tamen certe censetur; nisi forte, quod in fraudem legis venditionem simulauerit, intelligatur. Tunc enim demum, docente PAVLLO L. 55. *D. eod. t.* nuda & imaginaria venditio pro non facta accipienda est.

§. XIII.

Utrum accipiens quasi mutuum, ac-

Sed ne quidem opus est. ut ad *debiti remissionem* decurramus. Puto enim, vel ex aliis causis *donationem* valuisse. Enimuero, remotis, ambagibus

^{u)} CUIAC. ad lib. XII. dig. tit. I. L. 18. edit. Fabroni t. III, p. 711. Illustr. Dn. DE BERGER oecon. iur. II. 18. n. 3.

gibus, & repagulis, quibus *lex Cincia* maxime, & *ciuilis* iurisprudencia, ^{ceprasse do-}
 liberalitatem infirmabat; *IUSTINIANVS*, simplicitati naturæ obsecutus, ^{nationem vi-}
 „voluntatem domini, rem suam transferre volentis, ratam haberi voluit, ^{deatur.}
 „& rei a domino traditæ proprietatem transire in accipientem §. 40. *I. de*
R. D. & L. 35. C. de donat. Ne veteres quidem ab illa sententia abhorre-
 runt; sed *consilio donantis* maxime perfici donationem crediderunt. Nam
 eius, quod *consulto* datum est, *donatio* videtur, si *PAVLLVM L. 53. D.*
de R. I. audiamus. Non quidem ausim affirmare, quod *ANTONIO FA-*
BRO x) & Perillustri *DN. PETRO A LVDEWIG* y) in mentem venit:
donationem, etiam sine acceptatione, sola donatoris voluntate contineri.
 Docet enim natura agnoscendam esse liberalitatem illius, qui nobis benefi-
 cium tribuit: animique grati significationem ab illis edendam, qui aliorum
 beneuolentia ornantur. Præterea *lex 55. D. de O. & A. donationem con-*
sensu perficiendam esse, præcipit: quam legem constitutione *IUSTINIANI*
correctoria, & stricte interpretanda, abrogatam esse, non putamus. Illud
 certe illustris *GVNDLINGIVS* z) insigni commentatione comprobauit.
Expressa tamen, & *solenni, acceptatione* opus fuisse, non existimo: sed
præsumptionem, quam dicunt, *acceptationis*, & probabilem coniecturam,
 de accipientis *consensu* suffecisse, ad negotium perficiendum, & naturæ leges
 indicant, & ciuilia præcepta. Enim vero, vti ridiculum videtur: si taceas
 confestim, quod pueri faciunt: si auertas vultum, & toruum videas, cum
 liberalitas in te confertur; si vocem non emittas, magis mutus, quam piscis;
 ita certe barbarum, atque incultum est, vbi *donandi* animo aliquid tradi-
 tur, continuo illud solenne: *accepto, accipio*; sonare: quasi tacta auricula
 donatorem, ne discedat a consilio, ne donationis, iam perfectæ, memo-
 riam deponat, admonere: hominisque parum humani, parum modesti,
 speciem induere: ab illo, cui referre gratiam debebas, beneficium, sponte
 concessum, confestim cum vociferatione flagitare. Sed satis est, ad ho-
 minis grati officium tuendum: si te indigere opis alienæ, quam petebas,
 vel certe gaudere de donatoris beneuolentia, ex *verbis* expressis, aut *aliis*
coniecturis, & indiciis, intelligatur. Quod qui parum esse ad liberalitatem
 adquirendam credunt, nae! illi modestiæ pœnas constituunt, rusticitatem
 suadent, leges humanitatis euertunt. Ex *coniecturis* igitur de tuo consensu
 constet, necesse est, priusquam res donata adquiratur. At vero, vti nemo
 suum temere iactare creditur; ita probabile est ad fidem: gratum fore ac-
 cipientibus, si beneficium adquirant; nisi signis illud expressis repudient,
 atque auersentur. Paucitas enim, & raritas, caussarum, quæ impedi-

D 2

to

x) *FABR. error. pragmat. dec. 47. l. n. II.*y) *Perill. DN. PETER A LVDE-*

wIG de donation. & barbari adnexus, acceptatione.

z) *GVNDLINGIAN.*

P. XXIX. p. 327.

to sunt, ne oblatum beneficium accipiamus, efficit, ut neminem repudiare beneficium, nisi illud luculentius indicet, existimemus. Ita certe de liberis, qui in potestate sunt, **DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS AA. L. 18. C. de famil. hercisc.** rescripserunt: „filiae, cuius nomine res pater „comparauit. si non postea mutasse iudicium probetur, per arbitrium hereditatis diuidundae praecipuas adiudicari, ut sola patris expressa, filiae „*praesumpta, voluntate* beneficium perficiatur.„ Quod **ALEXANDER L. 2. C. si quis alt. vel sib.** etiam in extraneis probauit. „Nam, si emanciparis vobis fundos, quos nomine vestro, cum in potestate ageretur, pater emerat, tradidit; vel in possessione eorum, voluntate patris fuistis; „dominium adquisiistis.„ Neque **DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS L. 6. C. de donat.** ambigunt: „etiam inter absentes, & maxime, si ex voluntate donantium possessionem, nanciscantur illi, quibus donatum est, esse validas donationes.„ Obluctaturus enim, si non consentiret, aut quod acceperat, redditurus videbatur. Qua de causa **VLPIANVS L. 16. D. de donat.** etiam ex hac scriptura: *sciant heredes mei, me vestimenta mea libertis viuum donauisse:* dominium ad liberos credit benigna interpretatione pertinere: quia & illi consensisse in donationem patroni consuebantur. Quod adduxit **CARPZOVIVM**, ut *donationem per epistolam* etiam sine acceptatione subsistere, doceret: a) **ANGELVS**, b) cum Ictorum grege non exiguo, si praesens *non contradicat*, qui rem accipit, vel, si etiam donatorem *rogauerit*, ut rei in se dominium transferret; quia luculenta sit voluntatis significatio, atque inde colligatur consensus: illum *sine acceptatione* rem donatam sibi adquirere, putauit. Ex quibus causis ille, qui rem donatam, quasi mutuum accepit, cum antea mutuum *rogauerit*, seque indigere pecuniae alienae indicauerit, probabili coniectura iudicatur ab initio consensus fuisse in donationem. Imo vero, quamuis ab initio *nesciat*, rem, quae apud se est, sibi donatam esse, illoque casu **PAVLLVS l. 10. D. de donat. dominium non transire**, doceat: tamen cum dominium ex traditione, & consensu in generalem causam, adquisiuerit, quod supra demonstratum est: & postea cognito donatoris animo donandi, rem retineat, neque id, quod quasi mutuum sibi tradi crediderat, reddat donatori; de *consensu* eius, atque *acceptatione*, dubitari non poterit; sed donatio iam perfecta conualescet. Non multum **SCHILTERVS** nos moratur, qui ex *postfacto* non conualescere, quae ab initio inutilia sunt, monebat. Haec enim iuris regula, quam ex **l. 210. D. de R. I.** repetiit, de *institutione hereditum inutili*, & de testamentis, praecipit, quorum formula *solemnibus regulis & certis*, definitur. Haec talia, si ab initio vitiosa sunt; ex post facto non sanantur.

Sed

a) **CARPZ.** constit. II. 12. def. XXI. n. 4. & 5. b) **LYDEWIG.** l. c. pag. 30.
b) **Cons.** 183.

Sed *solemnem acceptionem* donationis nunquam desiderarunt civilia praecepta. *Donatio enim nudo consensu* continetur: qui, si etiam postea accedat, negotium, antea inualidum, confirmat. „Vti enim pater, l. 31. §. 2. „*D. de donat.* qui filiae, quam habuit in potestate mancipia donauit, & „peculium emancipatae non ademit, ex post facto donationem videtur perfectisse:„ ita etiam ille, qui rem donatam, antea quasi mutuam accepit, postea donatam esse intellexit, nec reddidit, sed in sua commoda conuertit: *ex post facto* censetur donationem *accepisse*, & liberale negotium suo consensu perfecisse. Res tota disputatione non indiget. Enim vero, si absenti per epistolam donabis, non poterit ille, nisi ex post facto, consentire: sed valere tamen *donationem*, imperatores rescripserunt. Quod si igitur postea consentias, negotium valuisse *ab initio* censetur. Luculenter enim id POMPONIUS l. 16. *D. de solut.* affirmat. „Sub conditione, inquit, si „acceptum feratur; postea conditione existente, intelligitur iam olim „liberatus.“

§. XIV.

Sed PAULLVS, atque VLPIANVS, obloquuntur, qui l. 69. *D. Quid inde R. I. & l. 19. §. 2. D. de donat. inuito beneficium non dari*, neque liberalitatem nolentibus adquiri, tradiderunt. Vix tamen est, quod illa nos ^{ter inuitum, & non volentem, diff-} disputatio a sententia abducat. Quamuis enim ignorans, & inuitus, nemo ^{criminis in-} donare videatur: in quam sententiam DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS AA. l. 10. *C. de donat.* rescripserunt: nec *errans* quisquam rem suam amittere dicatur: quod VLPIANVS l. 35. *D. de A. R. D.* docuit: ideoque etiam ille, cui res donata est, eodem iure censendus sit, & ne i si quidem obluenti liberalitas, & beneficium, obtrudi possit; tamen superest nonnihil praesidii, quod illum, qui rem donatam, quasi mutuam accepit, defender. Primo enim caueas, suaserim, ne continuo illum, qui *per errorem non consensit*, omnino *nolle & inuitum* accipere rem donatam, arbitreris. VLPIANVS l. 3. *D. de R. I.* „eius est *nolle*, inquit qui „*potest velle*: ut intelligatur, non omnes illos *nolle*, qui per errorem, & ignorantiam, re non perspecta, ne *velint*, & *consentiant*, impediuntur. Cum cura enim CELSVS l. 189. *D. de R. I.* haec seiungit: & pupillum, quamuis *velle*, nisi tutoris auctoritate interposita, dici non possit, tamen *nec nolle*, sed *non velle* duntaxat, arbitratur. c) Finge igitur, non consensisse per errorem, non *voluisse* rem donari, qui illam, quasi mutuam accepit; tamen nec *noluisse* dicendus est, aut repudiasse rem donatam. Deinde si probabili coniectura, consensurum esse alterum, ex rerum argumentis colligamus; illum, qui *non contradicit*, *consensisse* arbitramur. IULIANVS certe l. 2. §. 2. *D. solut. matr.* filiam, nisi euidenter contradicat,

D 3

con-

c). CVIAC. obl. XXIII, lib. XV.

consentire patri censuit, dum de dote experitur: &, si furiosam filiam habeat, *quasi ex voluntate filiae*, videri patrem experiri; cum, ubi non potest per mentiam *contradicere*, *consentire* illa merito credatur. Et, quamuis, si sapiat, scire illam, quid geratur, exigamus; tamen ille, qui rem donatam, quasi mutuam accepit, non solum priusquam nummi traderentur, mutuum rogavit, & generatim, se in liberalitatem consentire, ostendit; sed postea etiam, cum rem donandi animo traditam, reperta epistola, intellexisset; *factis* voluntatem, & consensum declaravit: rem donatam retinuit: quasi mutuam non reddidit: gratam sibi esse donationem, atque acceptam, indicavit. Ut adeo non solum, non contradixisse, nec *præsumpto* duntaxat, nec *generali* tantum, sed *vero*, & *speciali*, quamuis *tacito*, & *factis* declarato, *consensu* rem donatam acceptasse videatur. Voluntatem enim etiam *factis* declarari, illaque perfici negotia, quæ nudo consensu continentur, *VLPIANVS L. 14. D. locat.* comprobavit: „qui ad certum tempus, inquit, conduxerat, finito quoque tempore colonus „est. Intelligitur enim dominus, cum colonum in fundo esse patitur, ex integro locare: & eiusmodi contractus neque *verbo*, neque *scripturam* utique de- „siderant, sed nudo consensu conualescunt. „ Præterea *IVLIANVS L. 12. D. de reb. dub.* generatim in omnibus negotiis, si res ambigua esse videatur, id magis accipiendum esse docuit, quo res valeat, quam pereat, & distrahatur.

§. XV.

*Maiorem
dantis, quam
accipientis,
habendam
esse ratio-
nem, ostendi-
tur.*

Denique & illis respondeamus, necesse est, qui in transferendis dominiis, si de *caussis* inter nos dissentiamus, *opinionem accipientis* potius, quam *dantis* sequendam esse: & in hac specie, quam tractamus, rem non tam *donatam*, quam ex sententia accipientis, *mutuam* videri, arbitrantur. Sed huic disputationi varie poterit occurri. Primo enim oppido falsum est, in transferendis dominiis, si res dubia fuerit, maiorem *accipientis*, quam *domini tradentis*, habendam esse rationem. Audiamus *VLPIANVM l. 13. D. de donat.* præcipientem: „si dominus quod mihi donatum voluit, seruo communi tradidisset: „ille quasi socio adquisiturus accepisset; non ex mente serui *accipientis* aestimari negotium; sed mihi, ex voluntate *domini tradentis*, rem adquiri. Nam & si, inquit, procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille, quasi sibi adquisiturus, acceperit, nihil agit in sua persona. Enimvero in aliis negotiis, in quibus dominus liberalior est illo, qui rem accepit, idem observatur, ut magis *voluntati domini*, quam *accipientis* obsequamur. Hinc etiam *POMPONIUS l. 52. D. locat.* respondebat: „si ego minoris me locare senserim, tu pluris te conducere; utique non pluris futuram conductionem, quam „quanti dominus putasset. „ Hoc enim naturæ convenit, liberalitatis modum *domini arbitrio* constitui potius, quam *accipientis* voluntate definiri, invito do-

domino, & in damnum incurrente, si accipientis voluntati obtemperare, teneatur.

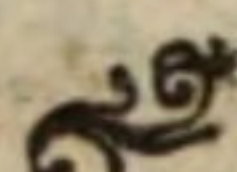
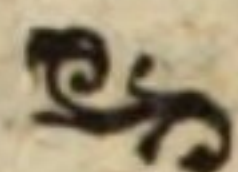
§. XVI.

Ex his igitur rebus, quæ hæcenus disputatæ sunt, illud intelligitur: dominium nummorum, ad illum, qui quasi mutuos accepit, transiisse; quia in eandem *causam generalem*, & *idoneam*, vterque contrahentium consensit: imo dici posse, quod donator etiam in mutuum consenserit; cum, qui plus concedat, etiam in minus consensisse videatur: sed illum, qui rem, quasi mutuatam accepit, voluntate domini, qui donandi animo, non exacturus, dederat, *confestim liberari*, si vel non consentiat; cum possimus, etiam inuitum atque ignorantem liberare: sed magis *iure donationis perfectæ* negotium valere; cum, qui rem donatam, quasi mutuatam accepit, sed postea, donatam esse, intellexit; non solum generatim probabili coniectura etiam in donationem consensus fuisse videatur: sed & postea factis declarauerit, se liberalitatem donantis agnoscere, & beneficium concessum acceptare. Quæ voluntatis significatio, negotia, quæ nudo consensu contrahuntur, ita perficit, ut, quamvis ille consensus tacitus ex postfacto accesserit, tamen negotium ab initio valuisse censeatur. Quapropter, neque rei vindicationi, neque conditioni certi ex mutuo, neque conditioni sine causa, locus est; sed istam exceptio rei donatæ & domini translati, illam donationes, vel, si manis, liberationis, & remissionis, hanc demum domini, & donationis, & consensus interpositi, prohibent & dissolunt. Commenta, quibus multi rem implicatam expedire laborarunt, vix operæ pretium est, ut longa disputatione infirmemus. Nam ne illa quidem, quæ CYRILLVS, STEPHANVS, ENANTIOPHANES, alique Βασιλικῶν interpretes, *d)* ad rem sanandam, attulerunt, quamvis speciosius dicta sint, multum negotii legentibus facessunt; sed facili ratiocinatione diluuntur. Illud ferri non potest, quod NICAËVS *e)* VLPIANVM de subtili iure disputare, IULIANVM contra VLPIANO non contradicere, sed benignam tantum legis interpretationem ex æquitate adferre, arbitratur. IULIANVS enim non sola *interpretantium benignitate*, sed *stricto* etiam *iure*, dominium translatum esse, censuit. Quod ex verbis: *non animaduerto*, constat, & tota disputatione IULIANI, facile cognoscis.

Totius controuersie rationes subducuntur.

d) LL. Βασιλικῶν tom. III. edit. Fabrott. pag. 274 seqq. lit. D.

e) L. c. pag. 273.



XII.

D I S S E R T A T I O

DE PVBLICA CEREMONIA
QVA VRBES CONDEBANTVR.
EX ANTIQVITATE ROMANA.

VITEMBERGAE, D. IVLII A. Q. S. P. E. MDCCXXXI.

§. I.

*Supersti-
tiones in vr-
bibus con-
dendis.*

*D*atur hæc venia antiquitati a plerisque, vt, miscendo humana diuinis, *primordia urbium* augustiora faciat. Quas cum fruendæ iustitiæ causâ ^{a)} institui, aduersus vim improborum, latronumque impetum, molitionibus muni-ri, atque ad percipienda illa omnia, quæ diuino beneficio hominibus obtige-runt, comparari, denique ad colendam amicitiam, mutuamque opem sociis fe-rendam, tecta & domicilia coniungi, illisque rebus salutem, & vtilitatem, omnium communem contineri, homines intelligerent; cum bonis omnibus, votisque, ac precationibus deorum, dearumque, *urbes* excitandas, & *magis religione* ^{b)} *cingendas esse, quam moenibus*, arbitrabantur. Quæ, quan-quam recte a veteribus existimata sunt; tamen errore deprauata, atque in occa-sionem nugarum tracta, innumeras sollicitudines, & vanissimos timores, pepere-runt. Iunabit *superstitionum*, quæ per omnes propemodum gentes fusæ sunt, oppresseruntque animos, atque hominum imbecillitatem occupauerunt, vestigia notare: & Romanæ reipublicæ inprimis, qua nulla nec maior, nec fere sanctior, nec bonis exemplis ditior habetur, *religiones* obseruare: quibus tanto magis ad defendenda *æternæ urbis* mœnia animi ciuium accendebantur; quando cer-tius deorum illa numine teneri, illorumque esse in tutela, & quasi propria, existimabant. Vt intelligatur: *diuinarum rerum procuratione* non frangi ani-mos; sed erigi, & confirmari.

§. II.

*Quid inter
urbem, opi-
dum, terr-
torium, &*

Qui primi virtute, & consilio, præstanti exstiterunt, ^{c)} si *TVLLIVM CICERONEM* audiamus, ii, perspecto genere humanæ docilitatis, atque in-genii, dissipatos homines vnum in locum congregarunt, eosque ex feritate illa ad iustitiam, ac mansuetudinem, traduxerunt. Tum res communem utilita-tem

^{a)} CIC. II. de offic. c. 12.

^{b)} CIC. de nat. deor. III, sub fin.
P. sext. p. m. 668. & de nat. deor. III. c. 40.

^{c)} CIC. pro

tem continentes, quas *publicas* appellamus, tum conuenticula hominum, quæ *ciuitatem*, *ciuitates* nominatæ sunt, tum *domicilia coniuncta*, quæ *urbes* dicimus, in-^{discrimini} uento diuino, & humano, iure *moenibus sepeferunt*. *Coniuncta* igitur & ^{interfit}.

septa moenibus domicilia, Romani *urbes* appellabant: sed *urbes* non nisi in- uento diuino iure, quod recte TULLIVS affirmat, inuectisque superstitioni- bus, nominari cœptæ. Ipsum enim nomen ab illa ceremonia & religionibus descendit, quibus *urbes* condebantur: id est ab *urbo aratri*, quo opida, *religionis causa*, circumducta sunt. Explicate illud VARRO ^{d)} tradit: „opida, „inquit, condebant in Latio, Etrusco ritu, multa: id est, iunctis bubus, tau- „ro, & vacca interiore, aratro circumagebant sulcum. Hoc faciebant, *religionis causa*, die auspicato, ut fossa & muro essent munita. Postea, quod „stibat orbis, *urbs*: quare & opida, quæ prius erant *circumducta aratro*, ab „orbe, vel *urbo*, *urbes*: & ideo *coloniæ* conduntur, ut *urbes*, quia intra po- „merium ponuntur. Ne credas, illud a posteris fuisse ignoratum; etiam ROMPONIUS l. 239. ff. 6. D. de V. S. „*urbs*, ait, ab *urbo* appellata: *ur- „bare* enim, est: *aratro definire*: & Varus docet, *urbum* appellari curuatu- „ram *aratri*, quod in urbe condenda adhiberi solet. Ex quibus rebus intel- ligitur, propter *religionem*, qua *urbis* ambitum aratri curuatura imbuebat, *urbes* appellatas, & sanctitatem in mœnibus custodiendis constitutam. Quapropter ROMVLVS apud NASONEM ^{e)} præcipit:

*Neue quis aut muros, aut tactam vomere terram,
Transseat; audentem talia dede neci.*

Curuationem enim *buris*, seu *dentis*, cui præfigitur vomer, *vruium* appella- bant, ex quo fere, *curuum*, quasi *curuum*, descendere, non videtur a fide alienum. Audiamus FESTVM, ^{f)} qui illud paullo impeditius ex ENNIO enarrat: „VRVAT. ENNIVS in Andromeda: significat: *circumdat*: ab eo „sulco, qui fit in *urbe condenda*, *vrui aratri*: qui fit forma simillima, *unci- „nia curuatione buris*, & *dentis*, cui vomer præfigitur. Ex quo loco potest intelligi, *urbis* fines non solum *urbo*, sed etiam *ad eam formam*, quæ *curua- tionem* ipsius *buris* in *aratro* simillima sit, a veteribus descriptos. *Buram* enim, seu *burim*, si VARRONI ^{g)} & ISIDORO ^{h)} obsequamur, a bubus dictam, alii a *curuatione curuum* appellarunt. Vnde, & *imburum* ⁱ⁾ fictum est, ab *vrui*, quod ita inflexum, ut redeat sursum versus: ut in aratro, quod est *urbum*. Alio loco ISIDORVS, ^{k)} *urbem* ab *orbe* appellatam, tradit, quod antiquæ ciuitates in *orbes factæ* viderentur. Sed ab *orbe*, an ab *urbo*, *urbem* dixit-

^{d)} VARRO de lat. ling. l. IV. c. 32. edit. Gothofr. p. 23.

^{e)} OVID. fast. l. IV.

v. 839.

^{f)} FEST. v. Vruat. edit. Scal. p. 309.

^{g)} VARR. lat. l. IV.

c. 31.

^{h)} ISIDOR. origin. l. XX. c. 14. edit. Gothofr. p. 1324.

ⁱ⁾ VAR-

RO l. lat. IV. c. 27. p. m. 22.

^{k)} ISIDOR. orig. XV. 2. init. p. m. 1191.

dixeris, non in magno discrimine ponendum. Videtur enim ab *urbo* etiam *orbis* descendisse. *Urbem* igitur *coniunctionem domiciliorum* appellaueris, *septam moenibus, quorum ambitus, religionis causa, aratro designatus*.

Sed ab *urbibus* omnino multi *opida* seiungunt: hæc & angustiori spatio locorum contineri: & sine murorum munitione obuia, & aperta, constitui comminiscuntur. Sed horum sententia ab ignoratione antiquitatis profecta est. Enim vero illi cum *opidis vicis* miscuerunt: qui teste ISIDORO ^{l)} vel a *vicinis* habitatoribus, vel quod sint *vice ciuitatis*, vel quod vias tantum habeant, sine muris & munitionibus, vel, si VARRONEM ^{m)} audiamus, quod ab utraque *viæ* parte sint ædificia, & *viæ* per ipsos transeat, *vici* nominantur.

Sed *opida*, quæ prius *circumducta* sunt *aratro*, ab *orbe*, & *urbo*, *urbes* appellarunt, quod supra ex VARRONE didicisti: & si ipsi auctori credimus, maximum ædificium, ab *ope*, *opidum* dictum est, ^{o)} quod *munitur opis* causa, vel quod *opere munita* sunt mœnia, quo *munitius* ciues habitarent. Ergo & *muros* habuerunt, & communicato utroque nomine, & *opida*, & *urbes* appellata sunt. ISIDORVS ^{p)} *opida* ait, magnitudine, & mœnibus, a vico, pago, & castello discrepare. Ne credas VARRONEM & ISIDORVM, ut alias sæpius illis in locis ineptire; idem etiam TULLIVS affirmat, qui ^{q)} *coniunctionem* tectorum, quam locis, manuque sepsissent, *opidum*, & *urbem*, appellari, docet, delubris spatiisque communibus distinctam. Ergo quæ *opida*, eadem *urbes*: & promiscue etiam a poetis dicta sunt. MANILIVS idem fidus, eundem diem condendis *urbibus*, & euertendis eodem ritu *opidis*, opportunum arbitratur. Audiamus MANILIVM: ^{r)}

*Scorpius extremæ cum tollit lumina caudæ,
Urbibus augebit terras: iunctisque iuuentis.
Mœnia subiectus curuo describet aratro;
Aut sternet positas vrbes, inque arua reducet
Oppida.*

Eodem igitur ritu, & *urbes*, & *opida* conduntur. SERVIVS certe SVLPITIVS in consolatione ad M. TULLIVM: ^{s)} „Aeginam, Megaram, Corinthum, *opida*, illorumque ruinas cadauera, *opidum* appellat, quæ quodam tempore florentissima fuerunt:„ ut intelligatur, male illos argutari, qui *opida* effingunt, spatio angustiori, quam *urbes*, contineri. Sed ipsa præterea nominis ratio docebit, nihil inter *opida* & *urbes* interesse. ISIDORVS ^{t)} vel ab *oppositione murorum*, vel ab *opibus* reconditis, quia *munitum* sit, vel quod sit in eo conuentus habitantium, qui *opem* dent mutuam contra hostem,

opi-

l) id. ibid. f. lib. IV. ling. lat. c. 32. init. m) VARRO l. I. IV. c. 32. p. 23. n) VARRO l. I. o) id. lib. IV. ling. lat. c. 32. init. p) Orig. XV. 2. p. 1191. q) CIC. de rep. l. VII. r) MANIL. l. IV. Astron. v. 563. s) CIC. ep. ad fam. l. IV. ep. V. §. 9. 10. t) ISIDOR. orig. XV. 2. p. 1191.

opidum dictum a veteribus, affirmat. Nam primum homines, tanquam nudos, & inermes, nec habuisse contra belluas præsidia, nec frigoris & coloris receptacula, nec ipsos inter se homines satis tutos ab hominibus fuisse. Tandem naturali solertia speluncis, & tegumentis sylvestribus, sibi contexuisse virgultis, arundinibusque, casas, & tuguria, quo esset vita tutior, ne iis, qui nocere possent, aditus pateret. Hanc *opidorum* esse originem: quæ, quia *opem* darent, *opida* videri nominata. Sed nihil ISIDORVS me moueret; nisi & VARRONIS ^{u)} auctoritas accederet, qui „*opidum* ab *ope* dictum tradit, quod „munitur *opis* causa; & quod *opus* est ad vitam gerendam: vel quod *opere* „muniant mœnia, vt munitius esset, „loco a nobis supra citato, commentatur. Sed neque auceps ille syllabarum, POMPONIVS ICTUS hoc ignorauit. Lege enim 239. §. 7. *D. de V. S. opidum*, inquit, ab *ope* dicitur, quod eius rei causa *moenia* sint constituta. PAVLLVS etiam, POMPEII FESTI inglorius interpretæ ^{x)} *opidum*, quod *opem* præbeat, vel ibi homines *opes* suas conferant, appellat. Sed, quamuis affirmare non ausim, ab *ope* danda *opidum* deduci; inprimis, cum, eodem teste PAVLLO ^{y)} ipse etiam Tullius lib. I. quidem de gloria, *opidi* appellationem, usurpatione frequentatam dicat, quod *opem* darent *opida*: sed, in illa sententia se imitari stoicorum ineptias, profiteatur, qui in singularum vocum singulis particulis quosdam fontes quærunt, ex quibus nomina descendant, rerumque natura cognoscatur; id tamen ex tanto veterum in illa re consensu cognoscitur: eodem consilio, eodem iure, *opida*, atque *vrbes*, constituta: ad eandem commoditatem, & eosdem securitatis fructus capiendos, comparata. Poteram longior videri; sed illud omittere non possum, quod me maxime in sententia confirmat. Ipsi etiam *carceres*, vnde equi, seu, quod PAVLLVS ait, ^{z)} *quadrigæ* in circo emittuntur, „*opidi* nomen acceperunt; quod a *muri* parte, id est, ab *opido*, pinnis turribusque olim *carceres* fuerunt. Ita VARRO ^{a)} rem enarrat. Vides, ipsam etiam *Romam*, quam quis *urbem urbium* non incommode dixerit, *opidum* subinde nominari. Sed luculentius idem VARRO ^{b)} *Romam* in agro Romano haberi vetustissimum *opidum* affirmat. Vir summus IOSEPHVS SCALIGER ^{c)} monet opportune: quotiescunque *opidum* veteres appellent, & nihil adiciant, *Romam veterem*, quam ENNIVS *quadrata* dixerit, notari. Sed *quadrata Roma* in Palatio, ab ipso Romulo, saxo quadrato munita est; ^{d)} vt dubitari non possit, illum *opidum urbis* appellatione contineri.

Habes igitur *vrbes*, in quas etiam *opidi* nomen conuenit. Sed alias *vrbes* esse, alias *ciuitates*, ^{e)} docet ISIDORVS. Has enim dici ait, in quibus

E 2

non

u) VARRO L. ling. IV. c. 32. init. p. m. 23.

x) FEST. voc. oppidum p. 140.

y) FEST. ibid.

z) FEST. voc. oppidum p. 145.

a) VARRO lat.

ling. IV. c. 32. p. m. 25.

b) VARRO de R. rust. III. c. 2.

c) SCALI-

GER ad VARRON. l. IV. p. 185.

d) FEST. voc. quadrata, p. 144.

e) ISID. orig. XV. c. 2. p. m. 1191.

non *aduenæ*, sed eodem *innati solo*, confederunt. Præterea *ciuitatem*, non *saxa*, sed *habitatores*, *urbem* vero *mœnia* notare. Græci nihil distinguunt. Vulgatum est illud: Ἀνδρῶς εἶναι πόλιν καὶ τὰ τοίχας; *urbem* ciuibus, non *moenibus*, constare. Nec Romani videlicet rarius vtrumque nomen miscuerunt, VERRIVS FLACCVS apud GELLIVM ^{f)} Senaturn dici, & pro loco, & hominibus: *ciuitatem*, & pro loco, & pro *opido*, & pro iure quoque omnium, & pro hominum multitudine subinde. Contra ad *ciues*, etiam *urbis* appellatio refertur. VIRGILIUS ^{g)}

— — Urbem somno, vinoque, sepultam,
commemorat: atque apud eundem pater Tiberinus ^{h)} Trojanorum colle-
ctam manum, quam Aeneas adducebat, *urbem Trojanam*, & æterna Per-
gama, appellat.

O fate gente Deum, Trojanam ex hostibus urbem
Qui reuehis nobis, æternaque Pergama seruas.

Ipse ISIDORVS ⁱ⁾ *urbes* a propriis ciuibus conditas, *ciuitates* nuncupat: ut doceat inter *urbem* & *ciuitatem*, id, quod inter speciem, & genus, interesse: magis tamen *ciuitatem*, pro ciuibus, *urbem* pro ambitu tectorum, quæ *moenibus* iisdem continentur, accipimus.

Sed præterea, quousque porrigatur *urbis* appellatio? dicendum. PAVLLVS l. 2. D. de V. S. *urbis* appellationem ait, *muris* finiri; quamvis *Romæ* nomen etiam ad *continentia ædificia* pertinere videatur: quod latius pateat. *Urbs* enim, secundum MARCELLVM l. 87. D. de V. S. dicitur *Roma*, qua *muris* cingitur; sed *Roma*, qua *continentia ædificia* sunt: cum *Roma* non *muris* terminari existimetur. Quapropter, teste TERENCE CLEMENTE, l. 147. D. de V. S. qui in continentibus *urbis* nati sunt, intelliguntur *Romæ* nati, quamvis non in *urbe* nati sint: & docente MACRO l. 154. D. de V. S. mille passus non a milliario *urbis*, sed a continentibus ædificiis, numerandi sunt. *Romæ* igitur nomen propter celebritatem, consuetudine hominum, etiam ad loca extra *urbem*, abusione quadam prolatum est: quamvis *urbis* nomen *moenibus* terminaretur. Extra *urbem* vero loca, & *agrorum* etiam *uniuersitatem*, intra *fines* cuiusque *ciuitatis*, communi nomine *territorium* appellant. Ita POMPONIVS l. 239. §. 9. D. de V. S. definiuit. Et VLPIANVS l. 41. §. 5. D. de leg. 1. aedes, quæ in *territorio* sint, nominat: nec prohibet corpora, per *ciuitatum territoria* transferri l. 3. §. 4. D. de sep. viol. Eousque pertinet ius *ciuitatis*. Sed extra *territorium* ius dicendi impune non pareretur; si PAVLLVM l. 20. D. de iurisd. audiamus. Hinc tere POMPONIVS l. 239. §. 8. D. de V. S. *territorium* ab eo dictum ait, quia magistratus

e.us

f) GELL. noct. Att. l. XVIII. 7.
Aen. VIII. v. 36.

g) VIRG. Aen. II. v. 265.
i) ISID. l. G. p. 1191.

h) ID.

eius loci intra eos fines ius *terrendi*, seu submouendi, habeant. VARRO contra ^{k)} a *terendo territorium*, quod maxime teritur, appellat. ISIDORVS magis apposite, ^{l)} quasi *tauritorium*, tritum bubus, & aratro, ait nominari. Quod videri posset probabile ad fidem, cum constet, antiquos, *fulco ducto*, possessiones, & limites territoriorum, designasse. Ex quo loco intelligitur, non *urbis* duntaxat *ambitum*, & moenia, sed etiam *fines ciuitatis*, *aratro* definita. Aut omnia me fallunt, aut TULLIVS ^{m)} etiam illud indicare voluit, dum M. Antonium accusat: quod, cum Casilinum coloniam deduceret, *aratrici vomere* portam Capuae paene perstinxerit, ut florentis coloniae *territorium* minueretur. Videtur enim *fulco* nouae coloniae, *fulcum* Capuae, & *fines*, *extra portam*, perturbasse. Id certe constat, non sola moenia nimirum, sed omnia, quae finibus certis regerentur, etiam aedes priuatas, Romanos *fulco* descripsisse. Ita MARO: ⁿ⁾

Pars optare locum recto, & concludere fulco.

Sed quidquid illorum fuerit, certius est, *territorium a terra*, quae ipsa vox incertae originis videtur, proficisci & omnem *terram*, certis *finibus* inclusam, continere. SALMASIVS ad SOLINVM ^{o)} e *frontino* obseruat: *structuras lapideas quadratas*, in *finibus territoriorum* pro terminis subinde collocatas. Habes igitur *urbes*, quae & *opida*, & subinde *ciuitates*, dicebantur. Habes etiam *territoria*, quae ad *urbes* pertinebant. Sed nos quidem ad *urbes* subsistemus.

§. III.

Non videbatur tam arduum negotium, quod utilitatem communem *Urbes au-* contineret, sine Deorum immortalium, quorum in tutela urbs esse debeat, *spicato con-* consilio, & voluntate, aut recte suscipi, aut administrari; sed deprecandum, ut tantis oris successus prosperos darent. Erat ea tum superstitio, Deorum nutum, *cæsis hostiis* avibus *cælo missis*, intelligi. Hinc *urbes* *auspicato*, impetratoque Deorum consensu, condebantur. Patres Romani certe apud LIVIVM ^{p)} contemnunt plebem, quod penes se duntaxat, non penes plebeios, more maiorum sint *auspicia*: cum nemo ignoret, *auspiciis conditam hanc urbem*: auspiciis bello, ac pace, omnia administrari. VARRO ^{q)} cum *opida* conderent in Latio, *die auspicato*, *religionis causa*, iunctis bubus *fulcum* aratro circumactum, more Etruscorum, docet. Si Poëtis fides est, audiamus ENNIVM, ^{r)} quo teste,

Auguro augurio quondam incluta condita Roma est.

E 3

Sed

^{k)} VARRO l. lat. IV. c. 4. Philipp. II. p. m. 852.

^{l)} ISID. orig. l. XIV. c. 5. f. p. 1174.

^{m)} CIC.

^{p)} LIV. l. VI. c. 42.

^{q)} VARRO de ling. lat. IV. c. 32.

^{o)} tom. I. p. 7 D.

de R. R. l. III. c. 1. & ap.

SUET. in vit. Aug. c. 7.

^{r)} ap. VARR.

Sed CAIUS IULIUS SOLINVS s) diserte Romulum ait *auspicato* iecisse murorum fundamenta. Vt Deorum igitur voluntatem exploraret Romulus, hostiis illos, & solenni sacrificio placavit: comites adhibuit, iussitque rem diuinam perpetrare. Ita scriptor diligentissimus, DIONYSIUS HALICARNASSENSIS t) tradit: προειπὼν ὁ Ρώμυλος, ἐν ᾗ τὰς θεὰς ἀρεσάμενος, (placatis diis) ἐμελλε τὴν ἀρχὴν τῶν ἔργων ποιῆσαι &c. ὥς ἦκεν ὁ συγκείμενος χρόνος, αὐτὸς τε προθύσας τοῖς θεοῖς, καὶ τὰς ἀλλὰς κελεύσας κατὰ δύναμιν τὸ αὐτὸ δρῶν &c. Ita a Ioue impetratum, vt missis *aquilis*, probatum sibi esse institutum, indicaret: DIONYSIUS enim u) tunc ipsum primo *aquilarum* esse usum *auspicio*, affirmat: ὅθεν θὰς μὲν πρῶτον αἰετὰς λαμβάνει. Alii ex PLVTARCHO x) *vultures* Romulo oblatos, contendunt. Sed illi res duas, inter se diuersas, non cogitato temporis discrimine, permiscunt. Priusquam ad condendam urbem Romulus adgrederetur, cum fratre ipsi, vel de loco, quo vrbs condenda esset, vel de imperio, controuersia intercesserat, & fœdum certamen a miti principio coortum. Placuit, illud Deorum auibus consultis dirimere; vt dii suis auguriis legerent, qui nomen nouae vrbi daret, qui conditam imperio regeret. Ita NASO rem enarrat: y)

*Nil opus est, dixit, certamine Romulus vlllo,
Magna fides auium est: experiamur aues.*

Tunc Remo augurium, sex *vultures*, venerunt, duodecim Romulo, se ostenderunt. Hinc Romulus regnum numero auium trahebat. Hoc LIVIUS z) hoc PLVTARCHVS a) hoc DIONYSIUS HALICARNASSENSIS b) tradiderunt. Sed Remo sepulto, interposito quodam interuallo, *augurium condendæ vrbs* solus Romulus captauit, *aquilis* oblati. Hoc a prioribus auspiciis diligenter & DIONYSIUS, & PLVTARCHVS, seiunxerunt; vt inter se nihil controuersiae habere videantur. *Auib* igitur *consultis*, Roma condebatur. Ne mireris, agreste Romuli ingenium, in armis & controuersiis exercitatum, ad cultum Deorum, ad religiones, & ceremonias conuersum. PLVTARCHVS eximit tibi hunc scrupulum c) & docet: ex *etruria auruspices* accitos, qui sacris quibusdam praeceptis, quid seruandum, procurandumque esset, rudes animos docerent: & ne luxuriarentur otio, quos metus hostium, & disciplina militaris adhuc continuarat, multitudini imperitae iniicerent, rem efficacissimam, *metum aliquem Deorum*. Ex aruspiciibus Etruscis igitur *condere urbem auspicato* didicerunt. Res in exemplum tracta est, & deinde etiam moribus aliorum frequen-

s) SOLIN. in Polyh. c. 1.

t) DIONYS. l. I. p. 74 sq.

u) ID. ib. p. 75.

x) PLVT. in vit Romul. p. 22. 23.

y) OVID. Fast. IV. v. 813.

z) LIV.

l. I. c. 6. & 7.

a) PLVT. l. c. p. 23.

b) DIONYS. p. 74. ENNIUS

ap. CIC. l. de diuinat. p. m. 374.

c) PLVT. vit. Rom. p. 23.

quentata. *TULLIVS* *d)* enim vrbes ferme omnes, *invento* demum *diuino iure*, & ceremoniis quibusdam definitis, *moenibus* esse *septas*, credit; vt intelligamus, apud omnes gentes adhibitos in consilium *Deos*, priusquam *vrbes conderentur*. Romani certe morem priscum diligentissime retinuerunt; etiam cum *colonias* deducerent, & ciuibus agrum & domus assignarent. Idem ille *TULLIVS* *e)* a *MARCO ANTONIO* se augurem per literas consultum & an Capuam sibi iure liceat coloniam deducere; sed *ANTONIUM* insole elatum, omni *auspicio* iure turbabo, *Casili-* num coloniam deduxisse, vt vexillum tolleret, & aratrum circumduceret, & solenni ceremonia defungeretur. Ex quibus rebus id potest intelligi; etiam in *coloniis*, dum staret res Romana, *auspicio* religiones esse obseruatas; vt quae *Deorum* curae imprimis commendandae essent, illorum etiam imperio, & voluntate, conderentur.

§. IV.

Condi igitur *vrbes* dii, dato *augurio*, probabant: sed, vt solent *superstitiones*, cum semel hominum imbecillitatem occuparunt, animum incitatum nouis terriculis angere, hominesque alias sibi ex aliis sollicitudines necesse est, non soli *Deorum* voluntati res permittenda credebatur; sed prouiderunt praeterea, ne, quod illorum bonitas ostenderat, obruleratque, illud *diei ac temporis vitium* eriperet, & perturbaret. *Tempus commodum & opportunum*, plenissimum boni ominis, & spei, expectabant.

Religiones
dierum, quibus
vrbes
condebantur.

Apra dies legitur, qua *moenia* signet aratro, si *NASONEM* *f)* audiamus. Hoc est, quod *VARRO* docet: *g)* *die* *auspicato* *sulcum* aratro circumductum. Illas animis superstitiones astrorum interpretes iniiciebant. *M. MANILIUS* *h)* *ortum scorpii* commendat *urbibus condendis*:

*Scorpius extrema cum tollit lumina cauda,
Si quis exit stellis tum suffragantibus ortus,
Vrbibus augebit terras: iunctisque iuuentis,
Moenia succinctus curuo describet aratro.*

Caret dubitatione, inductam huius sideris religionem, quia Romam fere sub illius ortum conditam, annalibus proditum legebant. *SOLINVS* enim *i)* ex *LVCIO TARRVNTIO*, nobilissimo mathematicorum, obseruauit: fundamenta murorum iacta vndecimo Kalendas Maias, Ioue in Piscibus, Saturno, Venere Marte, Mercurio, in *scorpione* constitutis. Unde cognoscitur, *vim factorum & siderum*, ex rerum, quae quoque tempore

sub-

d) *CIC.* de nat. deor. III. c. 40.

e) *ID.* Philipp. II. p. 852.

f) *OVIN.*

Fast. IV. v. 819.

g) *VARRO* ling. lat. I. IV. c. 32.

h) *MANIL.*

Astronom. IV. v. 559.

i) *SOLINVS* Polyh. cap. I.

subinde acciderunt, successu æstimari. *Diem*, quo *urbes conditæ*, Ro-
mani *patriæ natalem*, γενέθλιον τῆς πατρίδος, teste PLUTARCHO, ^{k)}
appellabant: & si DIONYSIVM HALICARNASSENSEM ^{l)} audiamus,
singulis annis festum, maiori, quam vllum alium, religione, & ceremonia,
colebant. Apud eundem scriptorem inuenio: ^{m)} *diei*, & *sacro*, illi no-
men, *parilia*, seu *palilia*, fuisse, actasque ab agricolis, & rusticis pro par-
tu quadrupedum, diis gratias, & vota persoluta. Præterea ambigit
DIONYSIVS, vtrum hunc diem, iam ante prosperis successibus celebra-
tum, ἡμέραν ἐν εὐπαθείαις ἐπιτιθεῖσθαι, vrbi etiam condendæ accom-
modatissimum crediderint, ideoque huic negotio, *boni ominis causa*, de-
stinauerint; an propter *fundamenta*, eo die *iacta*, consecrauerint, & pa-
storales Deos, quorum tutelae seminarium illud ciuitatis, plebs rudis &
agrestis se inprimis commendabat, ex illo demum tempore crediderint esse
demerendos.

Nec mireris, DIONYSIVM, hominem peregrinum, nihil certi affir-
mare, aut refellere. PLUTARCHVS ⁿ⁾ prodit etiam ante urbem condi-
tam, eodem die *sacrum pastorale*, indigenis fuisse: καὶ πρὸ τῆς κτίσεως
βοτηρικῆς ἦν αὐτοῖς ἑορτὴ κατὰ ταύτην τὴν ἡμέραν, καὶ παλῆλαι
προσηγόρευον αὐτὴν. Sed Romanam testem OVIDIVM NASONEM audia-
mus: qui propter diei solennia a maioribus accepta, Romulum hoc tempus
consecrationi urbis destinasse, non obscure affirmavit: ^{o)}

Sacra palis suberant: inde monetur opus.

Sacrum ergo pastorale, tempus, quo urbem conderent, opportunum Romulus
censebat; vt *spem animo foecunditatis*, & *copiæ*, præciperet: & bene omina-
retur futurae ciuitati. Quidquid illorum fuerit, mihi videtur magis proba-
bile ad fidem, illud sacrum, vel tunc demum institutum, vel ex illo certe
tempore, *aucta* eius, quae NASO longo ordine enarrat, solennia; vt
memoriam, & ceremonias *urbis*, illo tempore *conditæ*, singulis annis repe-
terent. De qua re erit deinceps locus exponendi. Illud disputatione non
indiget: magna Romanos, in *die deligendo*, quo urbem conderent, & in
eius memoria consecranda, vsus sollicitudine fuisse.

§. V.

*Loci, quo
urbem con-
derent, optio.*

Nec tamen, vel Deorum iussu, atque *auspiciis*, vel *temporis* fortuna,
& opportunitate, ita defendi videbantur, vt omnia tuta esse crederent, fa-
tisque ad rem futurorum temporum sibi prospectum esse arbitrarentur; ni-
si in ipso etiam loco inesset quaedam *religio*, & sanctitas, quae aduersus
vim, atque iniuriam, muniret vrbes institutas, Deorumque opem, &
tute-

^{k)} PLUTARCH. vit. Rom. p. 23. f.
l. l. p. 75.

ⁿ⁾ PLUT. vit. Rom. p. 24.

^{l)} DIONYS l. c. p. 75.

^{m)} DIONYS.
OVID. Fast. IV. v. 820.

tutelam, mereretur. Aduenae interdum *littus maris*, sedem, locumque vrbi delegerunt. Credo, si quis coniecturae locus est, quia *littus commune* omnium, & occupatione adquiri, certe ab indigenis facillime concedi posse, videbatur. VIRGILIUS MARO Iarbam regem Didoni, ut in *litore* habitaret, permisisse tradit: p)

*Fæmina, quæ nostris errans in finibus, urbem
Exiguam pretio posuit: cui littus arandum,
Cuique loci leges, dedimus.*

Ipsæ etiam Aeneas q) in Thracia

— — — — — Littore curuo
Moenia prima locat, fatis ingressus iniquis.

Alba longa ad *littoreas* ilices instituta est, si poetam r) audiamus. Sed hæc *errantium fortuna*, qua, cum alia non possent, illos uti bonitas hospitum, & necessitas, iubebat. Quibus liberior eligendi, quem velint, locum potestas erat, plerumque in *collibus* aedificabant: Arcades inprimis, quos SOLINVS s) in excelsissimis montium partibus plerumque habitasse, auctor est, & exinde tutissimas urbium, *arces* appellatas. Quod tamen nomen SALMASIUS t) non ab *Arcadibus*, nec ab *arcendis* hostibus; sed a Graeco *ἄρκος*, qua appellatione locus tutus, & munitus, videatur contineri, descendisse arbitratur. Sed apposite DEMPSTERVS u) ex PIER. VALERIAN. HIEROGLYPH. l. 42. observat, tum, ut hostibus esset difficilis accessus, tum, ut tutiores essent, ab *aquarum illuie*, quia, ex philosophi praeceptis, omnes aliquod *diluvium timebant*, x) plerosque in *summis montibus moenia* locasse. Ab Arcadibus, & populis vicinis, Romulus didicit, in *montibus* aedificare; primumque Palatinum muniit, in quo ipse erat educatus. y) Remus Auentinum maluit, sed utrique tamen *colles* vrbi condendae destinarunt. z) Neque vero illud ab omnibus observatum est; sed, ut cuiusque res, & occasio ferebat. Id magis omnes operam dederunt; ut hæc loca, has sedes, diligerent, in quibus, ex interpretatione vatum, futurae quandam felicitatis expressam imaginem viderent. Pater Tiberinus a) *albam longam* illo in loco, quo *spem albam* triginta fœtus enixam, solo recubantem, deprehensurus esset Ascanius, condendam esse, præcipiebat:

*Littoreis ingens innenta sub ilicibus sus,
Triginta caput fœtus enixa, iacebit
Alba solo recubans, albi circum ubera nati.
Hic locus urbis erit, requies ea certa laborum.*

quia

p) VIRG. Aen. IV. v. 211.

q) ID. Aen. III. v. 17.

r) ID. Aen. VIII. v. 45.

s) SOLIN. Polyh. c. I. p. I.

t) SALMAS. ad SOLIN. Polyh. p. 7. B.

u) DEMPST. ad Rosin. l. I. c. 2. p. 8. edit. Amstel.

x) CIC. de diu. I. p. m. 374.

y) LIV. l. I. c. 7.

z) DION. Hal. l. I. p. 73.

a) VIRG. Aen. VIII. v. 45.

quia & quietis, & fecunditatis, quoddam in prodigio illo inesse simulacrum videbatur. Ipsum Jovis templum in monte Tarpeio TARQUINIUS SUPERBUS, quod pater eius voverat, perficere tergiuersatus est, cum *caput humanum* integra facie, aperientibus fundamenta templi appareret: ^{b)} donec ita interpretatione acceptum est prodigium, ac si visa hæc species, haud per ambages, *magnitudinem imperii*, & arcem eam *caput verum* fore, portenderet. Tunc vero, auctis ad impensas animis, plenissimus bonorum ominum, atque expectationis, rem intermissam, maioribus studiis tractavit. Imo vero, quod dicendum erat primo loco, ipsam *æternam urbem* in illo, in quo educatus erat, ^{c)} in quo ad illud robur, illosque animos, succreuerat, *monte palatino*, Romulus condere voluit: quod eundem vrbi, qui sibi aliquando, locum, vrbi credebatur ad alendam potentiam, & vires profuturum: eaque de re cum fratre controuersias capitales exercuit, ediditque facinus, quod ipsa incunabula regni sanguine humano polluebat. Quid, quod montem *Auentinum*, quæ pars Romanæ ditionis, nec infrequens, nec longinqua erat, *extra pomoerium* Romani reliquerunt: neque SERVIVS TULLIVS rex, neque SVLLA, qui *proferendi pomoerii* ius quæsiuit, neque postea D. IVLIVS, quam *pomoerium* proferret, intra *effatos urbis fines* incluserunt? Cuius rei *messala* aliquot videri causas scribit: sed præter eas omnes vnâ probat, quod in eo monte *Remus* urbis condendæ gratia *augurium captauerit*, *avesque irritas* habuerit, in augurio a fratre Remo superatus: idcirco, inquit, omnes, qui *pomoerium* protulerunt, *montem istum excluderunt, quasi auibis orscoenis ominosum*. ^{d)} Hæc cantione, in *urbis æternæ* ambitu definiendo, vsi sunt Romani; sed non minori sollicitudine in *coloniis* etiam subinde deducendis. Carthagine, imperii æmula, cum qua magis inuidia imperii, quam vilius eius temporis noxiæ, certatum est, funditus sublata, cuius metu remoto, non gradu, sed præcipiti cursu, a virtute descitum est, prima extra Italiam, CARTHAGO in Africa *colonia condebatur*. ^{e)} Sed multi patrum repugnabant, cum periculosum videretur, illo loco *urbem* institui, ex quo tam grauiam populo Romano pestem enatam meminissent.

§. VI.

*Eustratio
cinium, &
soli.*

Iam vero omnia salua videbantur. Missis *auibus* deorum numen annuebat. *Diei* commoditas, & *sanctitas*, spem iniiciebat, successus prosperos futuros. *Loci* opportunitas, & *religio*, felicitatem portendebat. Nunc, vt ad ipsum opus aggredierentur, tempus, & occasio suadebat. Sed, vt in rebus arduis meticulosi sumus, cauendum crediderunt, ne quo *piaculo contaminati*, ne qua macula adpersi, rem diuinam perpetrarent: ne quam labem ipsis mœnibus, quæ

^{b)} LIV. l. I. c. 55. DION. Halic. l. IV. p. 257. & 258.

^{c)} LIV. l. I. c. 7.

^{d)} GELL. noct. Att. XIII. c. 14.

^{e)} VELLEI. paterc. l. c. 12. & 15. §. 4.

quæ instructuri erant, inferrent, deorumque voluntatem auerterent, quorum tutelæ hæc loca inprimis esse commendata cupiebant. Hinc corpora ciuium *aqua & igni lustrata* sunt. Illum morem primus Romulus inuexit: qui deinde singulis annis, *die Romæ natali*, in *sacro pastorali*, quod eo die agebatur, & quod *palilia* vocabant, repetitus est. Ex quo intelligitur, huius sacri solennia, vel illo demum tempore instituta, vel hanc ceremoniam, qua in vrbe condenda vsus erat, aliis solennibus illius sacri adiectam esse. Luculenter NASO rem enarrat: f)

— — — Viuo perlue rore manus:

Moxque per arduas stipulas crepitantis laceruos

Traicias celeri strenuâ membra pede.

Abluendum igitur corpus, deinde per *accensas stipulas transfiliendum*. Origo moris dubia videtur. Ipse NASO hæret in lubrico, incertus, quo se sit consilio expediturus. *Ignis* excoquere incertam labem putabatur. Aliis *aqua*, & igne omnia corpora constare, & in illarum rerum societatem ciues conuenire, illarum fruendarum causa, *vrbes* instituire, & in eodem omnes loco confidere, videbantur. Quapropter, quos ex ciuitate *exsules* eiiciebant, illis *aqua*, & *igni*, interdictum. Pauci Aenæ pietatem, qui per ignes patrem humeris subnixus extulerat, illa imagine referri crediderunt. Quæ perplexa interpretatio videtur. NASONI placuit originem ab agrestibus illorum, qui tum operi manus adhibebant, moribus repetere. Illos nimirum easas, & tentoria, in quibus, antequam vrbs conderetur, aduenæ morati erant, cum novas sedes molituri essent, incendiisse, & per illos ignes ad locum vrbis accessisse: g) hinc morem ad posteros transmissum.

Hoc tamen est vero propius: cum condita Roma

Transferri iussos in noua Regna lares:

Mutantesque domum, tectis agrestibus ignem,

Et cessaturæ supposuisse case:

Per flammam salisse pecus, salisse colonos:

Quod sit natali, nunc quoque, Roma, tuo.

Ausim affirmare, *cædem fratris Remi*, qua se polluerat, Romulum *lustratione* illa *expiandam* censuisse. Videtur enim probabile ad fidem, reum non vrbe demum condita, quia mœnia transfilerit; sed antea, cum de regno inter fratres esset altercatio, occisum h) in turba. Explicate illud DIONYSIVS HALICARNASSENSIS i) docet: Placatis propter cædem Remi Diis Romulum urbem condidisse, τὸς θεῶς ἀρεσάμενος: adiicit etiam: *pyris* ante tentoria *accensis*, eductum populum, & *piaculi causa*, per flammam transfilire iussim: πυρκαϊὰς πρὸ τῶν σκηνῶν γενέσθαι, κελεύσας, ἐξάγει τὸν λαόν, τὰς φλόγας ὑπερδρῶσκοντα, τῆς ὀσίσεως τῶν μiasμάτων ἐνεκα. k)

F 2

Fu

f) OVID. fast. IV. v. 773 sqq.

g) Id. fast. IV. v. 801 sqq.

h) LIV. l. 7.

DION. Halic. l. 74.

i) DION. Halic. p. 74.

k) Id. 75.

Funesta enim familia non videbatur rite rem diuinam posse perpetrare. Eadem superstitione etiam in *templis dedicandis* utebantur. HORATIO PVLVILLO, cui omnes dedicationem Capitolinae aedis inuidebant, postem iam tenenti, fœdus ab amicis Valerii, inter precationem deorum, nuncius incussus: *mortuum* eius filium esse: *funestaque familia dedicare eum templum non posse*: ^{l)} & antistes fani Dianæ, hospitem Sabinum, bouem ingentis magnitudinis immolaturum, ita allocutus est: quidnam tu hospes paras, inceste, sacrificium Dianæ facere? Quin tu ante *viuo perfunderis flumine*. Infima valle præfluit Tiberis. ^{m)} Ita superstitio in gentes inuecta, & per posteros diffusa.

Expiatis corporibus, nihil obstabat, quo minus rem diuinam procurarent: & aratro fulcum circumducerent. Nisi forte etiam *solum* antea *religione* fuit *imbuendum*, *lustrandumque*, priusquam aratro diuino tangeretur. De illa re nihil inuenio a veteribus perscriptum. Sed illud me mouet, quod TACITVS ⁿ⁾ de *templorum dedicatione* enarrauit. Spatium omne, quod templo dicaretur, euinctum vittis, coronisque. Ingressos milites, quibus fausta nomina, *ramis felicibus*, dein virgines vestales, cum pueris, puellisque, patrimis, matrimisque, aqua e riuis, & fontibus, amnibusque hausta, perluisse. Ita *templa lustrabantur*. Sed videor eandem ceremoniam, in *sacro pastoralis*, quod *urbis condendæ* ritum continebat, obseruasse. NASONEM audiamus: ^{o)}

Pastor oues saturas ad prima crepuscula lustra.

Vnda prius spargat, virgaque verrat humum.

Frondebis, & fixis decorentur ouilia ramis;

Et tegat ornatas longa corona fores.

Vides locum coronatum, *vnda* etiam, & *ramis felicibus*, lustratum, in sacro, & *natali Romæ die*, eadem ceremonia, quam TACITVS desiderauerat in templis; vt crederes templum esse dedicandum. Ausim affirmare, hunc ritum sacro pastoralis adiectum, & die natali Romæ repetitum, quod, cum *urbis conderetur*, solum antea, vt in templis *area, ramis & aqua lustratum* fuerit, prius quam illi sulcus aratro est impressus. Sed hæc utcumque æstimata fuerint, in paruo discrimine ponemus.

§. VII.

Fossa, punctum urbis, ciuiumque communio.

Rebus diuinis perpetratis, ad *condendam urbem* accedebant. Prima cura, vt *punctum* constituent, quod possit mœnibus, & sulco aratri circumscribi. Hoc videbatur vim ciuitatis, & præcipuum momentum, continere PLYTARCHVS ^{p)} ait: Romæ comitio *fossam rotundam* esse circumductam. In eam *primitias rerum omnium*, quarum in ciuitate *usus est*, quæque necessitati, & com-

^{l)} LIV. II. c. 8.

fast. IV. v. 735.

^{m)} Id. l. 45.

^{p)} PLYT. in vit. Rom. p. 23.

ⁿ⁾ TACIT. hist. l. IV. c. 53.

^{o)} OVID.

commoditati, vitæ humanæ inferuiunt, coniectas: postremo etiam eius *terræ*, ex qua quisque aduenerat, a quoquo colonorum, *portiunculam* in fundum fossæ collatam, illasque *glebas* inter se *permistas*. *Fossam*, eodem, quo cælum, nomine, etiam *mundum* a Romanis appellari. *Hanc* deinde *fossam vrbe*, velut *circulo punctum*, *circumscriptam*. *Fossam* igitur, *puncti* instar, obseruarunt, ex quo vrbis ambitum sulco metirentur. PLUTARCHVS, fossam *rotundam* ait circumductam. Sed FESTVS, *quadrata* commemorat: forte, quia *fossa* ipsa quidem *rotunda*, deinde saxo munita est, in speciem *quadrata*. PAVLLVM audiamus, qui FESTI reliquias seruauit: q) „*quadrata Roma*, inquit, in palatio ante templum Apollinis dicitur, vbi reposita sunt, quæ solent boni ominis gratia in vrbe condenda adhiberi: quia *saxo munitus est locus initio*, in speciem *quadrata*.” Eius loci ENNIUS meminit, cum ait:

Atque quis exiit erat, Romæ regnare quadratæ &c.

Fossa igitur *rotunda* vsi sunt, munita vero in speciem *quadrata*. Sed audis, in illa reposita fuisse, quæ solent boni ominis gratia, in vrbe condenda adhiberi. Quæ qualia sint, PLUTARCHVS in loco supra adducto indicauit. Primitias, ἀπαρχὰς τῶν πάντων, ὅσοις νόμῳ, ὡς καλοῖς, ἐχρᾶντο, φύσει δέ, ὡς ἀναγκαίοις, quibus, ex lege tanquam *pulchris*, natura, tanquam *necessariis*, utebantur, in *fossam* contulerunt. Credo *frugum*, pomorum omnium & quorum alias homines indigent, decerptorum, quasdam species & particulas, eo coniectas, vt deos immortales precarentur, ne qua illarum omnium vnquam penuria laborent: vtque ostenderent, hæc a diis immortalibus profecta, in ipsorum esse potestate, ab ipsorum bonitate etiam in posterum plura expectari. Crederem etiam *instrumenta*, quibus commode carere non possumus, collata in fossam; nisi agreste aduenarum, qui Romam condiderunt, ingenium obstaret. Hoc enim vix permisit, vt de aliis rebus, ac de *frugibus*, & *terræ prouentibus*, in quibus studium, & operam omnem collocabant, in quibus spem, & fiduciam habebant, cogitarent. Quæ de *frugibus* dicta sunt, etiam OVIDIUS confirmat: r)

Fossa fit ad solitum; truges iaciuntur in ima.

Sed ibi PLUTARCHVS non subsistit. *Glebas* etiam quisque colonorum ex sua regione, vnde aduenerat, allatas, conferebat in fossam; vt omnes inter se permiscerentur, ἐξ ἧς ἀφῆντο γῆς ἑκάστος ἐλπίην νομίζων μοῖραν, ἐβαλον εἰς ταῦτα, καὶ συνμίγνυσεν. NASO contra abscisse: s)

Et de vicino terra petita solo.

F 3

Cre-

q) FEST. in voc. quadrata.
v. 822.

r) OVID. fast. IV. v. 821.

s) OVID. ibid.

Credo tamen, nihil inter se, PLVTARCHVM, & NASONEM, controuerſiæ habere: cum *poeta* de *indigenis* ciuibus, PLVTARCHVS de *aduenis*, & *colonis*, verba feciſſe videantur. Aut igitur ex *ſua* quiſque *regione*, glebam afſerebant; aut, ſi res illud non permetteret, de *vicino* petitam in fundum *foſſæ* conferebant, illasque inter ſe *miſcebant*. Diſputatione vix indiget, quas *ſinguli* attulerant, *glebas* inter ſe *permixtas*; vt, in *unum ciues corpus coaleſcere*, indicaretur, ipſique ciues de voluntate mutua, & concordia, de coniunctione animorum, vinculo ſocietatis vniuerſæ, per ambages monerentur. Aut omnia me fallunt, aut ex illa glebarum coniunctione, & vnitæ corporis ciuiliſ, in quod eiſdem coloniæ ciues coaleſcere, viſi, & de quo illa imagine admoniti fuerunt, etiam descendit, quod *recuſare patriam*, nec ciuibus, nec illorum liberis, permetterent ciuilia præcepta. VLPIANVS certe *L. 6. D. ad municip.* „Neque *recuſando*, ait, *patriam*, ex qua quis oriundus eſt, neque men-
tiendo de ea, quam non habet, mutabit veritatem. „ ARCADIVS & HONORIVS *AA. l. vn. C.* Si curial. qui *ciuitates ſuas fugiant*, ruſ habitandi cauſſa, illos, ait, *impioſ ſe patriam vitando*, demonſtrare. Idem fere DIOCLET. & MAXIM. atque etiam CONSTANT. *l. 4. & 5. C. de municip.* conſtituerunt. TRYPHONINVS *l. 12. §. 9.* POMPONIVS *l. 5. §. 3. & l. 20. pr. D. de captiu.* ſolis duntaxat *captiuis*, deinde ex ſeruitute manu-
miſſis, de ſua quoque *ciuitate* conſtituendi facultatem liberam fecerunt. OVIDIVS ¹⁾ illud etiam in aliis gentibus obſeruat:

— — — prohibent diſcedere leges
Poenaque mors poſita eſt, patriam mutare volenti.

Neque enim, ſi ex natura rem æſtumes, errant, mea ſententia, qui in *ciuitate inſtituenda*, priuſquam in vnum corpus concreſcat, pactum, ſi non expreſſum, tamen tacitum, quod ex ipſo conſilio, quo ciues conueniunt, colligitur, de ſocietate colenda, ad tempus aliquod, donec ex prole ciues ſubnaſcantur, aut aduenæ illam augeant, deſiderarunt. ^{u)} Hoc compages illa vinculo tenetur, quo ſoluto, totum ciuitatis corpus diſſluit, & dilabitur. Sed e diuerticulo in urbem redeamus. *Foſſa* igitur communionem ciuium, ſocietatem perpetuam, & conſenſionem, indicabat. Quæ, vt quodam vinculo, atque etiam *diuino iure*, quodammodo contineatur; *foſſa* denique replenda eſt, & aris impoſitis, odoribus incenſis, conſecranda, ſi Naſoni ^{x)} fidem habeamus:

Foſſa repletur hūto; plenæque imponitur ara:
Et nouis accenſo finditur igne focus.

Hoc ritu ſe, & ſuas neceſſitates, diuina, & humana omnia, deorum tutelæ commendabant, bonam copiam, pacem, & ſi quid his rebus omnino maius conc-

¹⁾ OVID. *metam.* l. XV. v. 28. 29.

Hert. p. I. f. 3. §. 7. Boehm. J. P. *uniu.* l. I. c. 2. §. 3. & 17.
faſt. IV. v. 223.

^{u)} HVBERTVS l. I. ſect. 2. c. 3. §. 17. 18. 19.

^{x)} OVID.

cipere potest mens humana, exorabant. Ne existimare possis, propriam Romanorum fuisse illam superstitionem; OVIDIVS alio loco y) docet: *fossam, ad solitum*, id est, more maiorum, & gentium, *fieri*, illiusque religionis contagio etiam alios, etiam *colonias*, attingi. Habes *punctum urbis*, & *primum laborem colonorum*.

§. VIII.

Ex illo puncto conditor urbem *circulo* descripsit, si PLVTARCHVM Sulens, quo audiamus; sed *circulus aratro* exprimendus. Ita CATO præcipit apud ISIDORVM a) „qui urbem, inquit, nouam condit, tauro & vacca aret; ubi *arauerit*, murum faciat. „ Hoc ritu, ait OVIDIVS b) Romulum *moenia* urbis designasse: *moenia urbis a magistratu designata.*

Ipse premens stinam, designat moenia sulco.

Ita etiam DIONYSIVS c) & PLVTARCHVS d) rem enarrant. MANILIVS easdem ceremonias docet urbem condituros: e)

— — — *iunctisque iuuentis*
Moenia succinctus curuo describet aratro.

LVCANVS etiam illum morem tradit a posteris seruatum. f) Cæsis enim hostibus, urbibus euerfis, colonias deduci cupit, optatque, ut res optime succedat:

Sarmaticumque premat succinctus consul aratrum.

VARRO g) enim, eodem ritu etiam *colonis* ait locum assignatum, „iunctis bubus, *aratro* circumagebant sulcum. Quare, & oppida, quæ prius erant „*aratro* circumducta, ab orbe, & vrbo, vrbes, & ideo *coloniæ* nostræ omnes „in litteris antiquis scribuntur *vrbes*, quod item conditæ, ut Roma. „ *Vrbes* enim ab *vrbo* appellatas etiam POMPONIUS l. 239. §. 6. de V. S. affirmat: & *urbare*, est, *aratro* definire. Varus ait, *urbum* appellari curuaturam *aratri*, quod in *vrbe condenda* adhiberi solet. Id etiam TVLLIVS h) indicat, dum M. Antonii insolentiam accusat, „Casilinum deducens *coloniam*, „quo „erat paucis annis antea deducta: hoc solo consilio, ut vexillum tolleret, ut „*aratrum circumduceret*; cuius *vomere* portam capuæ propemodum perstrinxit. „ Sed VIRGILIUS i) anticipatis forte, ut mos fert eius, posterorum moribus, & ad maiores relatis, etiam Aeneam, longe ante, eadem usum ceremonia affirmat:

Interea Aeneas urbem designat aratro.

y) Id. l. c. v. 821.
c. 2. p. 1191.

z) PLVT. vit. Rom. l. p. m. 23.
h) OVID. fast. IV. v. 825.

a) ISID. orig. XV.
c) DIONYS. l. p. 75.

d) PLVT. vit. Rom. t. I. p. 23.
e) MANIL. astron. l. IV. § 62.

f) LVCAN. pharsal. VII. v. 430.

g) VARRO ling. lat. IV. c. 32.

h) CIC.

Philipp. II. p. m. 352.

i) VIRGIL. Aen. V. v. 755.

ISIDORVS credit, *k)* boni ominis causa illud institutum: ut, ad imaginem *serentis*, *aratrum* ducerent, urbemque constituerent, quæ non hominis ætatem, sed multorum ordinem seculorum duratura, *cresceret* civibus, & tanta auangeretur multitudine, *quæ quasi ex terra esse subnata* videretur. *Aratro igitur urbes designantur.* Sed *fulcus* circumducendus est aratro. „*Sulcus* enim, ait FESTVS, appellatur, quia *aratrum ducitur*, vel sationis faciendæ „*caussa*, vel *urbis* etiam *condendæ*. *l)* SILIVS ITALICVS Capyn regem commemorat: *m)*

— — —
Signaret.

— — —
cum moenia fulco

ut moris antiquitas intelligatur. Romulus certe *fulcum* duxit, quia urbem esset conditurus. PLVTARCHVS *n)* αὐλακα βαθεῖαν, *fulcum profundum*, DIONYSIVS *o)* αὐλακα διηνεκῇ, *fulcum perpetuum*, id est continentem, qua moenia ædificata sunt, ductum esse, tradunt. NASO etiam, loco a nobis superius adducto, ipsum Romulum moenia *fulco designasse* affirmabat. Sed, ne quis vel Græcis hominibus, vel *poëtæ*, fidem deneget, TACITVS *p)* locum in foro boario indicat, a quo *fulcus designandi opidi* cœptus est. FESTVS *q)* *fulcum primigenium* appellat, qui in condenda vrbe tauro, & vacca, designationis causa, inprimatur: quod etiam RÆVARDVS *r)* observauit. *Sulcum* veteres etiam *fossam*, sed ab illa, quæ boni ominis causa facta est, distinctam subinde appellarunt, si VARRONI fidem habeamus; *s)* „circumagebant enim „*fulcum*, ut *fossa* & *muro* essent *opida* munita. Terram, vnde exscalperant, „*fossam* vocabant, & introrsum factum murum &c. Ergo vna molitione duas necessitates procurarunt: alterum, ut vrbs *fossa* munitur: alteram, ut locum, quo *moenia* excitanda essent, designarent. Hoc enim etiam ex MARONE *t)* discimus:

— — —
ipse humili designat moenia fossa,
Moliturque locum. — — —

Sulcus igitur *aratro* inprimendus; sed cui, teste PLVTARCHO, *vomere æneus* præfigeretur, *u)* propter gravitatem negotii, & *dignitatem* illius, qui aratrum manibus regebat. *Stiuam* enim aratri, vel *rex*, vel *magistratus*, manibus tenebant, qui subinde *fortiti* sunt: vter coloniam deduceret. Ita & domi interdum *consules* sortiri, cui danda esset *dedicatio templorum* *x)* rexit certe Romulus aratrum, *y)*

Ipsæ premens stiuam designat moenia fulco.

Et

k) ISID. orig. XV. c. 2. p. 1191.
ital. Pun. l. XIII. v. 117.

l) FEST. voc. fulcus p. m. 280.

m) SIL.

n) PLVT. vit. Rom. p. 23. t. I.

o) DIONYS. I.

p. 75.

p) TAC. annal. l. XII. c. 24.

q) FEST. voc. primigenius p. 177.

r) RÆVARDVS coniect. II. 7.

s) VAR. ling. lat. IV. c. 32.

t) VIRG.

Aen. VII. v. 157.

u) PLVT. vit. Rom. p. 23. t. I.

x) DIV. II. c. 8.

y) OVID. fast. IV. v. 825.

Et longe antea Aeneas 2)

— — — ipse humili designat moenia fossa,
Moliturque locum. — — —

Indignum tamen videbatur, aratrum manibus *feminae* tractari; sed *SERVIVS* observat, illud permissum esse architectis, si *femina* colonis imperaret. Cum enim Carthago conderetur, apud *VIRGILIUM* a)

Instant ardentes Tyrii, — — —

non Dido, quæ suorum opus tantum oculis vsurpat. Sed *magistratus* in re publica libera, qui colonias ducebant, aratro sulcum suis manibus duxisse, etiam M. Antonius comprobat, a *CICERONE* reprehensus: b) quod coloniam duxerit, ut vexillum tolleret, ut *aratrum circumduceret*. Neque enim pudebat veteres operis rustici: cuius tanta, propter soli fecunditatem, apud Italos commoditas; ut eius rei tractationem, etiam inter decora, & voluptates, numerarent. *Magistratus* igitur superiores manum aratro admouebant; sed *succincti*, quod supra *LUCANVS* c) affirmabat:

Sarmaticumque premet succinctus consul aratrum.

Et præcipiebat etiam alio loco *MANILIUS*: d)

— — — rituque Gabino
Moenia succinctus curvo describet aratro.

Ritu igitur *Gabino* consul incedebat, quem *VIRGILIUS* e) etiam *cinctum gabinum*, consulibus solennem, appellavit. „*SABINVM* cinctum, *SERVIVS* „dicit, togam sic in tergum reiectam, ut una eius lacinia reuocata hominem „cingat. Hoc autem vestimenti genere veteres latini, quum nec dum arma haberent, præcinctis togis, bellabant: hoc utebatur consul bella indicturus, ideo, „quod cum Gabii, Campaniæ ciuitas, *sacris operaretur*, bellum subito euenit. Tunc ciues cincti togis suis, ab aris sunt ad bella profecti, & adepti vi- „ctoriam. „ Haecenus *SERVIVS*. Commodissima interpretatio videtur, hoc cultu usum in illa ceremonia consulem, quia is habitus & militantibus conueniebat, & illis, qui *sacra faciebant*. f) Merebatur enim hic labor consulis *inter sacra* numerari. Videtur hoc *DEMPSTERVS*, g) sed subobscurè, indicasse. Consul igitur, composito ad maiestatem corpore, & vultu, *sacrificantium* cultum imitatus, ut diis se operari indicaret, nomine reipublicæ, aratrum vrbi condendæ adhibebat. Et videtur illud esse conueniens naturæ, & habere rationem: urbium initia a *summa potestate* proficisci: sine cuius venia, & iussu in-

2) *VIRG.* æn. VII. v. 157.

p. 852.

e) *VIRG.* æn. VII. v. 612.

l. I. c. 3. p. 10. edit. Amt.

a) *Id.* æn. I. v. 427.

c) *LUCAN.* VII. v. 430.

f) *LIV.* I. 18.

b) *cic.* Philipp. II.

d) *MANIL.* astron. IV. v. 562.

g) *DEMPST.* ad Rosin.

instituta collegia, & publicæ sodalitates, latronum societatem referunt, atque a conspiratione improborum, qui ad furta & rapinas inter se implicati, & connexi sunt, vix seiunguntur. Ergo a *consule* sulcus ducebatur. Nec tamen *consul* ceremoniam publicam, tanti primordia operis, *solus* peragebat. *Longus colonorum, & clientum, ordo sequebatur*, quorum officium erat, ut glebas, ab aratro excitatas, *intro verterent*, nec ullam excidere extra sulcum paterentur. Hoc a PLUTARCHO ^{b)} proditum memoriae accepi. Forte, ne qua terrae particula, tacta aratro, & religione imbuta, sine cultu relinquatur, aut proiecta conculcetur; sed ut seruetur in memoriam posteritatis, atque ab usu profano separaretur.

Hoc ritu *sulcus* circumductus. Sed *formam* videamus. Censeo *formam circuli* expressam. PLUTARCHVS enim a fossa interiori, tanquam puncto ait *circulum* descriptum. Idem etiam SILIVS ITALICVS testatur: ⁱ⁾

— — — — — quaque obliquo curuantur in orbem
Mœnia flexa sinu.

Nescio annon eo etiam illud VIRGILII ^{k)} pertineat:

— — — — — *& litore curuo*
Mœnia prima loco — — — — —

Præterea, & VARRO ^{l)} atque ISIDORVS ^{m)} a *circulo* *vrbes*, quasi *orbes*, appellarunt. Neque esset locus dubitationi; nisi & PLUTARCHVS ⁿ⁾ *forma quadrata*, a Romulo Romam conditam, & DIONYSIVS, *quadrangularem formam*, affirmarent. Περίγγραφει τετραγώνον χῆμα τῷ λόφῳ. Sed res facile expedietur, si Romam quadratam, a Roma vrbe distinxeris, & repetieris, quæ ex FESTO supra sunt adducta. *Roma quadrata*, quæ *fossam*, boni ominis causa factam, continebat, ipsa etiam rotunda fuit; sed munita saxo *ad formam* propemodum *quadratam*. ^{o)} Hinc *forma quadrata* appellata est. Urbem vero ipsam in modum circuli conditam etiam PLUTARCHVS ^{p)} indicavit; & FESTVS ^{q)} præterea vrbes condi forma simili, *vincinia curuatione buris*, docet: quæ forma si ex utraque parte coniungatur, *circulum* fere efficiet, *porta* in medio aperta.

§. IX.

*Bones, qui-
 bus aratrum
 ducitur.*

Sulcus igitur factam egregiam *sementem*, ex qua spem multorum seculorum *enasci* cupiebant, indicabat. *Orbis*, cuius formam aratro exprimebant, *æternitatem* vrbi portendebat. Sed, ut augeretur ciuitas spe opum,

^{b)} PLUT. vit. Rom. p. 23.

Aen. III. v. 17.

p. 1191.

^{p)} PLUTARCH. vit. Rom. p. 23.

ⁱ⁾ SIL. Ital. l. XIII. v. 139.

^{l)} VARRO de L. l. IV. c. 32.

ⁿ⁾ PLUT. l. c. p. 22.

^{o)} FESTVS voc. quadrata.

^{q)} FESTVS voce vruat.

^{k)} VIRG.

^{m)} ISID. Orig. XV. 2.

opum, labore quaerendarum, & spe copiae, ac fecunditatis: boues, quorum opera & labore haec omnia propemodum, quae ad necessitates nostras pertinent, inuenimus, boues *disparis sexus*, taurum, & vaccam interiore*m iungebant* ad aratrum. Hac coniunctione ISIDORVS ^{v)} *immortalitatem* gentis contineri tradit. Rem omnem VARRO ^{s)} FESTVS ^{t)} DIONYSIVS ^{u)} PLVTARCHVS ^{x)} enarrarunt, V. C. *Iohann Gottl. HEINECCIUS*, & alii plerique ^{y)} hac ex causa in coloniarum nummis plerumque boues iunctos exhiberi docent: vt nolim in re nota operam perdere; sed illud monendum est: nummos vrbiu*m* non semper boues iunctos hoc consilio praeferre, vt *ceremonia coloniae deductae* exprimatur. Athenienses bouis simulacro in vulgatissima moneta v*si* sunt. ^{z)} Interdum boues, maxime *pascentes*, ^{a)} aut quibus *ceres* infidebat, ^{b)} *fertilitatis* argumentum & gloriationem continebant: *coronati* partem pacem & quietem restitutam, ^{c)} sed Romae tamen *tauri* aeneum simulacrum in foro boario TACITVS ^{d)} obseruat: & quia id genus animalium aratro subditur, ab illo loco, quo *bos* constitutus est, sulcum designandi opidi coeptum arbitratur, vt magnam aram Herculis complecteretur.

Boues igitur ad aratrum iuncti sunt: sed iungendi boues in loco vrbis designando, ceremoniam, & religionem, VARRO ex *Etruria* allatam ^{e)} VIRGILIUS ^{f)} etiam cum *Carthago* conderetur, a *pœnis* obseruatam docet:

— — — — — *Cui lictus arandum*
Atque loci leges dedimus.

DIONYSIVS ^{g)} & PLVTARCHVS ^{h)} a Romulo inuectum morem tradunt, atque ad posteros transmissum. Sed videtur inter vtrosque conuenire. Romulus ab Etruscis aruspibus, quos acciuerat, didicit primus superstitionem subinde. Illud exemplum posterius imitati sunt in coloniis deducendis: hinc recte dicitur religionis vsus & ab Etruscis, & a Romulo rege, descendisse.

§. X.

Locus sulco circumducto definitus iam *cingi moenibus* posse videbatur, quae futura sperabant Deorum in *tutela*, nisi aliquid portenti rem institutam

Mania.

- v) d. Orig. l. XV. c. 2. p. 1191. s) d. ling. Lat. IV. 32. t) FESTVS voc. Primigenius. u) DIONYS. lib. I. p. 75. x) PLVT. quaest. Rom. p. 271. & vit. Rom. 23. y) HEINECC. antiq. iur. II. tit. I. §. 6. z) SPANHEM. d. vf. & praestant. numism. T. I. diff. III. p. 168. a) *ib.* *ibid.* b) SPANH. l. c. diff. 9. p. 651. c) SPANH. l. c. diff. III. p. 172. d) TAC. Annal. XII. 24. e) VARRO L. Lat. IV. c. 32. f) VIRG. Aeneid. IV. v. 212. g) DIONYS. l. p. 25. h) PLVT. quaest. Rom. T. II. p. 211.

tam perturbasset. Si lupi fines inuaserint, aut tetigerint sulcum, & transierint; opus coeptum intermittendum censebatur. APPIANVS ⁱ⁾ tradit, cum Gracchus Carthaginem coloniam primam extra Italiam, multis inuitis, deduxisset, fines luporum interuentu perturbatos; & hinc legem de illa colonia fuisse abrogatam. Si omnia recte euenerant,

Augurio lati iaciunt fundamina ciues

Et nouus exiguo tempore murus erat. k)

VARRO ^{l)} moenia, quod muniendi causa manu parabantur, & ab illo munere, *murum* appellari tradit; perplexa causa appellationis. ISIDORVS ^{m)} etiam *moenium*, quasi *manu factum*, vel a muniendo, dici arbitrat: & murum, praeterea obseruat turribus, & propugnaculis ornari, & contra impetum hostium defendi. Interdum moenium appellationem ait, ad omnia etiam publica urbis aedificia referri.

§. XI.

*Pomœrium
definitum, &
prolatum.*

Prope moenia *pomoerium* praecipuam urbium sanctitatem continebat. FESTVS ⁿ⁾ etiam *prosimurium* dicit. PLUTARCHVS ^{o)} κατὰ σύγκλησιν, quasi post vel pone moenia appellat. *Ius pomoerii* ab auguribus profectum. Illud TULLIVS ^{p)} affirmat: quid enim, inquit, seire aruspices aut de tabernaculo recte capto, aut de *pomoerii iure* potuerunt? GELLIVS ^{q)} ex libris illorum, qui de auspiciis scripserunt, *pomoerium*, ait, esse locum, intra *agrum effatum* per totius urbis circuitum, *pone muros* certis regionibus determinatum. *Effatum* agrum VARRO interpretatus est ^{r)} quod augures fines auspicio- rum caelestium extra urbem agris sunt effati: & SERVIVS ait: *effata s) sunt augurum praees*. Vnde ager post pomœria, ubi auguria solebant captari, *effatus* dicebatur. „Sed audiamus PAULVM ^{t)} qui serinia FESTI compilauit: *prosimurium*, inquit, Pontificale: *pomoerium*, ubi pontifices auspicabantur. Dictum autem *pomoerium*, quasi *postmurium*, id est: muro proximum: atque ANTISTIVS in iuris Pontificalis commentario: *pomoerium* esse *muro proximum*. „ Quae ut intelligantur, de *auguribus* breuiter dicendum. Augures nimirum Deos habere in potestate videbantur: quae signa, quibus regionibus, mitti vellent, animo finge- bant, & diis, quos habebant, immortalibus significabant: dii, quasi augurum praeceptis & imperiis acti, etiam parebant, & voluntatem suam, missis iisdem auibus, iisdem in regionibus, quibus augures

ⁱ⁾ APPIANVS B. C. I. II. p. 250.

^{k)} OVID. Fastor. IV. v. 835.

^{l)} VAR-

RO L. I. IV. c. 32.

^{m)} Origin. XV. c. 2.

ⁿ⁾ FESTVS voce *prosimu-*

rium. p. 185.

^{o)} FLVT. vit. Rom. p. 23.

^{p)} CIC. d. diuinat. II. p. 305.

^{q)} noct. Att. XIII. 14.

^{r)} VARR. L. L. I. c.

^{s)} ad Aeneid. 7. v. 197.

^{t)} FESTVS h. c.

gures mitti voluerant, subinde declarabant. Rem luculenter LIVIUS enarrat: ^{u)} „augur capite velato sedem cepit: dextra manu baculum sine „nodo aduncum tenens, quem lituum appellant. Inde, vbi prospectu in „urbem, agrumque, capto, Deos precatus, *regiones* ab oriente ad occa- „sum *determinavit*; dextras ad meridiem partes, leuasque ad Septentrionem „esse, dixit. *Signum* contra, quoad conspectum longissime oculi fere- „bant, *animo finiuit*. Tum precatus Iouem; vt signa eius certa ac clara „sint, *intra fines*, quos fecerat, peregit verbis *auspicia, quae mitti vellet*. „Intelligis igitur, augures Diis *fines*, & *signa*, ex suo ingenio, & voluntate, praescripsisse. *Regiones* ad inaugurandum *definitas*, *templa* appellabant. ^{x)} Iam, *qua murus ducebatur*, augures Etrusco more, *fines* quosdam caelo ad terram vsque pertinentes, *fingebant* animo, quos ab usu profano separari cupiebant, *Deosque ibi* intra & extra urbem *habitare* & sedere: vt Dii, ne quid vrbs detrimenti caperet, operam darent, vtque extra urbem, ne qua vis hostium, & impetus, noceret, prouiderent. Hoc *pomoerium*, id est locus sacer, *pone muros*, Diisque animo auguris inprimis destinatus, appellabatur. „Ex his intelliges LIVIUM ^{y)} *ius pomoerii* interpretantem. „*Pomoerium*, inquit, verbi vim solam intuentes, *postmoerium* interpretan- „tur esse. Est autem magis *circa murum*, locus: quem in condendis vr- „bibus Etrusci certis circa terminis *inaugurato consecrabant*: vt neque in- „teriore parte aedificia moenibus continuarentur, quae nunc vulgo etiam „coniungunt: & *extrinsecus* puri aliquid ab humano cultu pateret soli. „Hoc *spatium*, quod neque *habitare*, neque *arare*, *fas erat*, non magis, „quod post murum, quam, quod murus post id, *pomoerium* Romani ap- „pellabant. „*Pomoerium* igitur *terminos* animo auguris *intra* & *extra murum definitos*, consecratosque, & *ab humano usu separatos*, appellabis. FESTVS ^{z)} solenne carmen, quo augures vsi sunt, cum *pomoerium* urbis consecrarent, his fere verbis recitauit: dii tutelares urbis! *Pomoerium hoc ne minus, maiusque, faxitis; sed iis, quibus terminatum est, regionibus efferatis*. Quo facto urbana auspicia *pomoerii* ambitu finiebantur. Hoc VARRO ^{a)} atque etiam GELLIVS ^{b)} affirmant. Addit VARRO: ^{c)} *cippos pomoerii* stare & circum ardolam *ardeam*, & circum Romam. Sed *cippos*, tabulas publicas interpretor, quibus *pomoerii* fines describuntur. Ita enim vt sentiam quatuor *cippi*, quos GRVTERI diligentia seruauit, effecerunt. Vnum recitabo ^{d)}

G 3

e. MAR-

^{u)} LIVIUS l. 18.^{x)} LIV. l. 7. init.^{y)} LIV. l. 44.^{z)} FESTVS

voc. pomoerium p. 186.

^{a)} VARRO LL. IV. 32.^{b)} GELLIVS XIII. 14.^{c)} VARRO l. c.^{d)} GRVTERVS inscr. T. I. p. 196. 2.

C. MARCIUS L. F. L. N.
 CENSORIVS. ET C. ASI
 NIVS. C. F. GALLVS. COS.
 EX. S. C.
 FIN. POMOER. TERMIN.

Adiecit GRVTERVS etiam alium cippum; sed qui magis ritum pomœrii prolati, continet. De iure enim proferendi pomœrii adhuc paucis exponendum. LIVIVS e) in vrbis incremento semper, quantum mœnia processura essent, tantum terminos hos consecratos pomœrii prolatos, docet. Idem GELLIVS f) affirmat, & monet: Romuli pomœrium Palatini montis radicibus fuisse terminatum, & multos editosque colles circumplexum. Sed ex LIVIO intelligitur g) ipsum etiam Romulum subinde illud protulisse, dum cresceret vrbs munitionibus, & alia atque alia loca, in spem magis futurae multitudinis, quam ad id, quod tum hominum erat, munirentur. Servius Tullius etiam urbem adiectis duobus collibus pomœrio prolato ampliavit h) TACIVS a pomœrio Romuli, certis spatiis interiectos lapides affirmat, ab imo montis Palatini ad aram consi, mox ad curias veteres, tum ad sacellum Larium: forumque Romanum, & Capitolium, non a Romulo, sed a T. Tatius adiectum vrbi. Dein, pro fortuna vrbs, auctum pomœrium. Idem etiam alio loco i) Cæsarem: more prisco, vrbs pomœrium auxisse: quia illis, qui protulere imperium, etiam vrbs terminos propagare detur. Nec tamen duces Romanos, quanquam magnis nationibus subactis, ius illud usurpasse; præter L. Sullam & D. Augustum. Postea etiam reliqui imperatores aliquoties imitati sunt exemplum. Sed quia diuini iuris censebatur pomœrium, non alia, quam pontificis maximi, qua imperatores utebantur, potestate, illud ausum fuisse CLAVDIVM loquitur lapis litteratus apud GRVTERVM; k)

TI. CLAVDIVS. DRVSI. F.
 CAESAR. AVG. GERMANICVS.
 PONTIF. MAX. TRIB. POT. VIII. IMP.
 XVI. COS. IIII. CENSOR. P. P.
 AVCTIS. POPVLL. ROMANI FINIBVS.
 POMOERIVM. AMPLIAVIT. TERMINAVITQVE.

Ita de proferendo pomœrio habendum: quam potestatem ne principibus quidem permissam fuisse VOPISCVS tradit l) præterquam illis: qui agrum barbarici parte aliqua auxerint rempublicam Romanam.

§. XII.

e) LIV. I. 44. f) GELL. XIII. 14. g) LIV. I. 8. h) TACIT. Ann. XII. 24.
 i) I. C. cap. 23. k) GRVTER. T. I. p. 196. l) VOPISC. in Aurel.

§. XII.

In medio muro locus relictus est apertus, quem *portæ* destinabant, minore, quam mœnia, religione cultus. Murorum enim locum religionis causa sacro aratro attingebant. Sulcum vomere aeneo ducebant. Sed ubi ad spatium *portæ* accesserant, *aratrum tollebatur*: locus ab utraque parte *intactus* relinquebatur: ne religio illum imbueret, aut cum illo diuinum ius communicaret. CATO, apud ISIDORVM, hanc ceremoniam tradidit: „qui urbem, inquit, nouam condit, tauro & vacca aret; ubi *arauertit*, „*murum* faciat: *ubi portam vult esse, aratrum tollat, & portet, ac portam vocet.* „ ^{m)} PLVTARCHVS ⁿ⁾ *portarum* spatia dimensos conditores, vomere exempto, *aratrum*, locis portarum intactis, ait *transtulisse*. VARRO ^{o)} qua viam relinquebant in muro, qua in opidum necessaria *portarent*, *portas* ait appellatas. ISIDORVS ^{p)} *portam*, qua *importari* aliquid & *exportari* possit nominatam censet. Videtur in ipsa origine nominis, causa ceremoniae, & cur aratrum sacrum illo loco sublatum sit, posse deprehendi. Terra enim, quae vomere attingebatur, imbuti religione, diis consecrari, & ab usu profano separari, censebatur. PLVTARCHVS ^{q)} tradit *terram*, cui *sulcus impressus* est, *sacram*, & inuiolabilem, Romanis visam, ὡς τὴν ἀρξομένην πᾶσαν γῆν ἱερὰν καὶ ἄσυλον γενομένην. Sed per *portas* omnia, quorum usus esset, etiam fordes, etiam *cadauera*, etiam alia *importari* & *exportari* necessitas poscebat: quibus *religio pollui*, locus *facer*, diisque commendatus, contaminari videretur. Indignius vero censebant diis immortalibus *portas* deinde eripere, atque, usu profano, & spurco, illos expellere, & religionem loci turbare; quam Deos ab initio non recipere. Hinc statim *portas humani iuris* esse voluerunt; (ne Deus, quo loco *receptus* esset, postea *expelleretur*; quod etiam PLVTARCHVS obseruauit. ^{r)}

Porta.

§. XIII.

Habes iam omnia opinor, quae ad urbem condendam pertinebant; sed, quae satis tuta non essent, nisi *numine*, in illorum quasi possessionem ^{murovina, & portarum.} missis, Deorumque praesidio, defenderentur. Hoc *dedicatione urbis* impetrari posse arbitrabantur. *Fossa* boni omnis, quibus ritibus, qua ara imposita, antequam mœnia designarentur, consecrata sit, supra est a nobis ex NASONE ^{s)} explicatum. Sed de muris & reliquis partibus urbis videamus. DIONYSIVS ^{t)} affirmat: *boves* ambos, qui ad aratrum iuncti fuerant, *maestatos*, & alias victimas omnino multas immolatas; deinde populum adhibitum *epulo*: qui mos fere solebat in *dedicationibus* seruari. Sed

PLV-

m) ISIDORVS XV. 2.

n) PLVTARCH. quest. Rom. II. 271. & in vit. Rom. I. 23.

o) VARRO IV. 32.

p) ISIDORVS l. c.

q) PLVT. II. p. 271.

r) PLV-

TARCH. l. c.

s) OVIDIVS Fastor. IV. v. 823.

t) DIONYSIVS p. 179.

PLUTARCHVS ^{u)} de sacrificio quidem consentit: sed *incrumentum* desiderat: purum enim, & nullo sanguine cruentum, *natalem urbis* celebrandum Romanos censuisse. PLUTARCHO etiam SOLINUS suffragatur. ^{x)} Sed PLUTARCHO contradicit OVIDIUS, qui ipse sacro pastorali scribit sanguinem fuisse adhibendum. ^{y)} Et præterea LIVIUS ^{z)} testis est, munito colle Palatino, ritu Herculis, *cæsas hostias* fuisse. Has inter ceremonias muros *dedicatos*, vel solus lapis litteratus, quem HEINECCIUS ex GRUTERO adduxit ^{a)} argumento est. Ille *muros Veronenses dedicatos* loquitur. Sed dedicata sunt *mœnia diis*, quorum in tutela illa loca erant. Singulæ enim vrbes, Diis singulis, velut pupillæ, solebant commendari. Romulus Deorum, quorum tutela loca essent, augurium petiit. ^{b)} Illud etiam MACROBIUS testatur. Præterea *carmen euocandorum Deorum*, ab ipso recitatum, sententiam confirmat. ^{c)} Si Deus, si Dea est, cui *populus ciuitasque* Chartaginensis in tutela est; precor, venerorque, veniamque a nobis peto: ut populum ciuitatem quem deferatis! Hinc TACITUS comminiscitur ^{d)} Hierosolymis vocem, humana maiorem, esse, auditam: *Deos excedere: & fuisse ingentem motum excedentium*. Hac de re etiam Aeneam ^{e)} audimus conquerentem:

— — — — —
quæ sit fortuna videris.
 Excessere omnes adytis arisque relictis,
 Di quibus imperium hoc steterat.

Ergo *vrbes* omnes quibusdam *Diis commendatæ*: Coloniae illis plerumque, quorum in tutela matres, a quibus fuerant digressæ. Illos tutores Deos subinde in nummis ostendebant, quod SPANHEMIUS comprobatur. ^{f)} Romani *urbis tutelam* occultabant, ne quod ipsi iuris in alias vrbes statuerant, eodem & ipsi vterentur aliquando: id est, ne *Dii euocarentur* ab hostibus, & discederent ex vrbe euocati, quos ipsi ex urbibus hostium subinde euocarant. In qua re tanta cautione vsi sunt, ut ne *latinum* quidem *nomen* urbis voluerint resciri; sed vsi sunt Græco: quod MACROBIUS ^{g)} & SOLINUS ^{h)} obseruarunt; quamuis SOLINUS Romam, latino nomine, dictam VALENTIAM fuisse arbitretur. ⁱ⁾

Ergo ignotum, cui deorum moenia Romæ dedicata, quo numine defensa. Sed NASO tamen carmen dedicationis recitauit: ^{k)}

*Vox fuit hæc regis: condenti Iupiter urbem
 Et genitor maioris, vestaque mater, ades,
 Quosque primum est, adhibere Deos: aduertite cuncti,
 Auspiciis vobis hoc mihi surgat opus.*

- Lon-
- ^{u)} PLUTARCHVS vit. Rom. p. 23. ^{x)} SOLIN. polyhist. cap. 1. ^{y)} OVID. fast. IV. v. 733. ^{z)} LIV. I. 7. ^{a)} HEINECCIUS antiquitat. II. 1. 6.
^{b)} LIV. I. 6. ^{c)} MACROB. saturn. III. 9. ^{d)} TACIT. hist. V. 13.
^{e)} VIRG. Aen. II. 351. ^{f)} SPANH. d. vf. & præst. numis. t. I. diff. 9. p. 570. ^{g)} MACROB. saturn. III. 9. ^{h)} Solin. cap. 1. ⁱ⁾ l. c.
^{k)} OVID. fastor. IV. v. 828.

*Longa sit huic ætas dominaque potentia terra:
Sitque sub hac Oriens Occidusque dies.*

Videtur etiam NASO *tutelam urbis* dissimulare voluisse, & generatim appellasse, quos

— — — — —
pium est, adhibere deos.

Si licet in re incerta suspicari; mœnia aut IOVI, aut HERCVLI, sacra fuisse coniicio. Ioui quidem commendata videri possunt, quia NASO ^{l)} IOVEM tenuisse post precationis carmen, & læuo cælo fulmina misisse, auctor est; nisi hoc forte debet ad capta auguria referri. Sed de HERCVLE minus videtur dubitationis; cui Romulum imprimis, opere perfecto, sacra solennia fecisse apud LIVIVM inuenio. ^{m)}

Quidquid illorum fuerit, certum est: mœnia fuisse *diis* commendata; non tamen semper *medioxumis*, existimauerim, id est, *heroibus* & semideis, quibus propter virtutem honores divini habebantur; sed etiam *maioribus* subinde. Hoc enim & Romæ dedicatio, a NASONE recitata, indicat, & SPANHEMIVS nummis comprobavit. ⁿ⁾ Quare imbecilles animi militum, qui facile superstitione illa concipere posse videbantur, ita accensi sunt, ut si qua vis ingrueret, non tam pro mœnibus, & laribus priuatis, quam pro diis immortalibus, quorum in possessione mœnia erant, arma se sumere, & pugnare crederent, spemque victoriæ, & successus, ex tutorum ope, & potestate, præciperent.

Habes igitur *moenia diis* solenni precatione *dedicata*. Sed ne quid desit illi ceremoniæ, etiam *leges additæ*, quibus *coli moenia debebant*: perinde, ut in dedicatione templorum *leges* carmini precationes subiectas inuenimus. ^{o)} NASO *legem* de muris non transsiliendis, ^{p)} adiiecit precationi.

*Neue quis aut muros, aut tactam vomere terram,
Transeat; audentem talia dede neci.*

Hoc causæ est, cur VLPPIANVS L. 8. §. 2. D. d. *diuis. rer. in municipiis* etiam, *muros esse sanctos* doceat; quia mos idem *dedicationis* per totam Italiam frequentabatur. Sed cum *lege dedicationis* caue *legem* aliam confundas, dedicatis coloniis, in tabula propositam, qua *forma* & vniuersitas *agrorum*, & iura colonorum, definita sunt. Hanc MARO intelligit in loco supra excitato: ^{q)}

— — — — —
*Cui litus arandum,
Atque loci leges dedimus.*

Quod

^{l)} OVID. l. c.

^{m)} LIV. l. 7.

ⁿ⁾ OVID. l. c.

^{o)} SPANHEM. l. c.

^{p)} LIV. l. 10.

^{p)} OVID. fastor. IV. 839.

^{q)} VIRGIL. Aeneid. IV. 212.

Quod argumentum *VENULEIVS SATVRNINVS L. 8. pr. D. ad L. Iul. pec. tractauit.* Hæc igitur de *dedicatione urbium* obseruanda videbantur. Rebus diuinis perpetratis, ædes priuatæ intra muros institutæ: & spatium illarum *sulco singulari* comprehensum. Illud vel *optione* electum, vel *sorte* attributum. De *optione* MARO: r)

Pars optare locum tecto, & concludere sulco,
sortitionis vero mentionem alio loco iniicit: s)

Interea Aeneas urbem designat aratro,
Sortiturque domos.

Hoc iure spatio domorum distributa.

§. XIV.

Sanctitas
*muro-
rum, &
portarum.*

Ex illis, quæ adhuc disputata sunt, non potest esse obscuram, quæ *muro-
rum, & urbium, sanctitas*: quæ religio in illas introducta, vt ciuibus ad urbem defendendam, & propugnandum pro mœnibus, animos augerent; quam *TULLIVS* r) tantam esse existimauit, vt affirmare ausus sit: pontifices quidem *muros sanctos* dicere; sed diligentius *religione* urbem, quam mœnibus, cinxisse. Quapropter *VLPIANVS L. 9. §. 4. D. d. diuers. rer.* muros municipales ait, nec *refici* posse, nec eis aliquid coniungi, nec superponi, nec immit- ti; sed principis demum, *pontificis maximi*, auctoritate concedi posse, vt aliquid in illis moliamur.

Hoc autem ferri non posse existimauerim, quod *GAIVS L. 1. pr. D. d. diuis. rer. muros & portas* duntaxat res *sanctas*, & quodammodo *diuini iuris* appellauerit. Videtur enim res mirifice a *Triboniano* perturbata, qui *muros & portas* non seiunxit. Res *sanctas* appellat *VLPIANVS* dict. *L. 9. §. 3.* quæ neque *sacræ*, neque *profanæ* sint, sed, vt leges *sanctæ*, *sanctione* quadam *subnitantur*: easque *sanctas* videri, & *si deo non sint consecratæ*. Apparet, si ita res *sanctas* accipias, non quidem recte ad rerum *sanctarum* exempla *muros & moenia* referri: quæ, cum *sanctione* quadam confirmata sint, *diis* præterea solenni *dedicatione*, ritu veteri *consecrabantur*. Vt enim taceam, religionem, quam *TULLIVS* in muros ait introductam; quis dubitet, *moenia* auspicato, die festo, loco pleno religionis & ominum, condita, sacro vomere, a rebus profanis separata, pomerio ab vtraque parte circumsepta, quod ab aliquo numine habitari credebatur: *diis* tandem *dedicata*, & a violatione & iniuria, religiosissimis ceremoniis, & *sanctionibus*, defensa, adeoque *consecrata*, non duntaxat *sancta* esse, sed omnino *sacræ*, & *diuini iuris* communione contineri? Plerosque vero, vt a rebus sacris muros seiungerent, permouit, quod nimirum illæ

r) *AENEID. I. 429.*
sub fin.

s) *AEN. V. 785.*

t) *cic. d. natura deorum III.*

illæ diis superis, res sanctæ & muri vero inprimis diis medioxumis esse dedicata videantur. Sed illud primo omnino falsum est: & supra comprobatum, mœnia etiam ad deos optimos maximos relata. Neque illud difficulter fidem inueniet, si cogitaueris, quod muri etiam subinde deorum superiorum manibus constructi & defensi, pro veterum superstitione, credebantur. Illud enim SPANHEMIVS docuit multis argumentis. u)

Sed faciamus: muros diis medioxumis fuisse consecratos. Nihil religioni, nihil diuino iuri murorum, & mœnium, decedet. TVLLIVS auctor est x) *Alabandensium* urbem ab *Alabando* conditam; sed sanctius eum coli a ciuibus, quam quenquam *nobilium deorum*; vt intelligatur, muros etiam heroibus addictos, non minus diuinis honoribus, & sanctissimis religionibus, fuisse custoditos, quam quæ deorum superiorum maximorumque numine defenderentur. Ausim affirmare muros non tantum ad res sanctas & sanctionibus subnixas, sed etiam ad res sacras, diis consecratas, seu sacro sanctas pertinere.

De portis paulo aliter habendum. Illorum locus nec sacro vomere tactus, nec lustratione purgatus, nec a profanis rebus seiunctus, nec diis dedicatus, sed humanis vsibus destinatus est. Inuenio apud GRVTERVM y) portas interdum *Iouiales*, interdum *Herculeas*, iussu principum, vocatas. Sed ex solo nomine vix ius diuinum assequantur. Nomen vel propter religionem murorum, quos attingebant, vel propter templa, ad quæ per ipsas aditus patebat, nactæ sunt. Sed sola nimirum sanctione defendebantur ab iniuria, adeoque inprimis ad res sanctas; sed propter vicinitatem, ad res, quæ quodammodo diuini iuris habebantur, quamuis proprie ad res humani iuris pertinerent a veteribus referebantur. Hoc TRIBONIANVM induxit, vt, cum portas a rebus diuinis seiungendas esse cerneret, muros etiam eodem iure censendos per errorem comminisceretur.

§. XV.

Hoc ritu imbuta religionibus moenia, & in deorum potestate constituta; moueri tamen aut transferri non debebant, nisi vetustate collapsa, aut ruinis deformata, instauratione operum, & refectione indigerent. Sed ne tum quidem, inconsultis aruspibus, & neglecto pontificis maximi consensu. Neque enim præcipiente VLPIANO L. 9. §. 4. D. d. diuis. rer. muros municipales reficere licebat, sine principis pontificis maximi auctoritate. Sed ne principes quidem facile, cum refectionis necessitas imponeretur, mutabant formam veterem, aut consecrata mœnia prioribus vestigiis monebant. Rudera egeri & in paludes auehi solebant. Hoc VESPASIANVM, cum Capitolium restitueret, aruspices monebant: vt reliquæ prioris delubri aueherentur in paludes:

H 2

tem-

u) SPANHEM. l. c. t. I. diff. 9. p. 560.

x) CIC. d. natur. deor. III. cap. 19.

y) GRVTER. l. I. p. 162. l. 2.

templum *iisdem* vestigiis sisteretur: *nolle deos mutari veterem formam.* 2) *Altitudo* mœnibus adici poterat: id solum etiam in templis religio ferebat. a) Facile TACITVS fidem inuenerit, qui *iisdem* ait ceremoniis, quo conditum fuerat Capitolium, illud fuisse restitutum. b) Romæ mœnia sub *Honorio* resecta esse, marmor antiquum indicat adductum a DEMSTERO:

S. P. Q. R. IMPP. COSS. DD. NN. INVICTISSIMIS.

PRINCIPIBUS

HONORIO. ET. ARCADIO. VICTORIBVS. ET. TRIVM-
PHATORIBVS. SEMPER. AVGVSTIS. OB. INSTAVRA-
TOS. VRBIS. AETERNAE. MVROS. AC. TVRRES.
EGESTIS. IMMENSIS RVDERIBVS. EX. SVGGESTIO-
NE. V. C. ET. ILLVSTRIS. MILITIS. — ET. MAG.

MIL. STIEICH

AD. PERPETVITATEM. NOMINIS. EORVM. SIMVLA-
CRA. CONSTITVIT.

Ex illo fere tempore, aut paullo ante hanc *refectionem*, Roma cœpit vrbs æterna nominari. Hoc illam elogio ipsi Imperatores VALENT. ARCAD. & THEODOS. *L. L. C. d. suarius* appellarunt. Urbium *æternitatem*, simulacro *elephantis* indicari SPANHEMIVS ex nummis enarrauit. c)

§. XVI.

*Eversio vr-
bium.*

Satis igitur æternitati urbium prospectum videbatur, quas & tanta cau-
tione, ac sollicitudine, magistratus condiderint, & tot munitionibus muniue-
rint, tanta religione posteri refecerint; dii in tutelam receperint, suoque numi-
ne, & prouidentia, defenderint, ac seruarint. Sed SERVIO SVLPICIO,
cum ab Aegina Megaram versus nauigaret, Aegina, Megara & Piræus & Co-
rinthus, quæ florentissima quondam opida fuerunt, diruta & prostrata, nunc
opidum cadauera, vno loco proiecta, erant argumento: nihil tamen tutum ef-
fe, atque aduersus impetum munitum, quod non rebus vertentibus, vel fortu-
na, vel Deorum potestate, infirmetur. d) Enimvero quæ vrbes, cum conde-
rentur, *nasci* dictæ sunt, & diem natalem festum celebrarunt e) tandem aliquan-
do *dirutæ*, & prostratæ, *emori* & capitis deminutionem, & *mortem ciuilem*
pati putabantur. Si enim *aratum*, in urbem *inductum*; ciuitas esse definit,
vt passa est Carthago: itemque *quasi morte* definit habere vsumfructum, qui ci-
uitati fuerat legatus. Ita MODESTINVS *L. 21. D. quib. mod. vsus fr. fin.* præci-
pit.

2) TAC. hist. IV. 55.

a) l. c. f. d. id. ibid.

b) DEMYST. ad Rin. I. 2. p. 9.

c) SPANHEM, l. c.

d) CIC. epistol. ad familiar. IV. ep. 5. §. 9. 10.

e) OVID. fastor. IV. v. 812.

pit. Porro qui *dies* vrbibus *condendis* commodus, & opportunus, iisdem *euertendis* aptus & fatalis videbatur: f)

*Scorpius extremæ cam tollit lunnina caudæ
Vrbibus augebit terras, iunctisque iuuentis
Moenia succinctus curuo describet aratro;
Aut sterniet positas vrbes, inque arua redeceat.
Oppida, & in domibus matures reddet aristas.*

Qui *magistratus* vrbes *instituit*, etiam *delebit* g)

Sarmaticumque premet succinctus consul aratrum.

Qua *fulcum* condendæ vrbis ceremonia duxerat, eadem ducet *euertendæ*: h)

*Et altis vrbibus ultimæ
Stetere caussæ, cur perirent
Funditus, imprimereque muris
Hostile aratrum exercitus insolens.*

& secundum *SENECAM* i) erit aliquis, qui vetustis *vrbibus* *aratrum* *induce-*
re potentiam putabit.

En campos, ubi Troja fuit k)

Nam teste *NASONE* l)

Iam seges est, ubi Troja fuit.

Ex hoc enim sulco maxime *dirui* vrbes, & *euerti*, dicebantur. Denique quibus consul manibus *fundamenta* ponit, iisdem secundum *NONIUM* m) aliquando oppidum pulcherrimum, si res feret, *exfundabit*: qua voce deos *precatus* est, ut urbem & moenia sua esse in tutela paterentur; eadem deos *euocabit*, rogabitque, ut qui vrbis, populique, tutelam receperint, urbem *deserant*, loca sacra, templa, diuina, & humana, omnia relinquant. n) Hæc sunt vices temporum & rerum.

Nos quidem *vrbi* & *patriæ æternitatem*, sed *augustissimo patriæ parenti* inprimis felicissimam immortalitatem in his terris apprecamur.

f) MANILIUS astronom. IV. v. 560. g) LUCANUS VII. v. 430. h) HORAT. I. carm. 16. v. 17. i) SENECA de Clementia I. cap. 26. k) VIRGILIUS Aeneid. v. 11. l) OVID. heroid. I. v. 59. m) NONIUS MACROBIUS III. Saturn. cap. 9. cellinus cap. p. m. 544.

XIII.

OBSERVATIONES
AD L. III. D. DE BONIS EORVM
QVI ANTE SENTENTIAM SIBI MORTEM
CONSCIVERVNT.

OPINIONI QVORVNDAM
DE AVTOCHIRIA, QVAM FINGVNT, INNOCENTE
OPPOSITAE.

VITEMBERGAE, KAL. SEPTEMB. MDCCXXXI.

§. I.

Περὶ αὐ-
τοχειρίας,

Affirmarem, pessime illos Themidi cupere, & nostræ arti invidere, qui iureconsultos veteres accusant, quasi licentius *de sui ipsius cæde* philosophati sint, illorumque consilia probarint, qui tædio vitæ & impatientia doloris mortem sibi consciuerunt: immo vero temere hos accusatores, & audacter, illa criminatione in veteres legum interpretes vsos fuisse affirmarem, nisi Vir summus, CORNELIVS van BYNKERSHOEK, ^{a)} eandem iureconsultis accusationem intendisset. Ait enim, fuisse iurisprudentiæ veteris decretum: *mori licere, cui vivere non placuerit; nisi quis mori quam damnari maluerit, ob conscientiam criminis.* Sed postea subiungit: generatim, cum quis vitæ suæ fructum & operas aliis obligauisset, prohibitum fuisse, ne quis manus suo corpori inferret. Quæ an recte existimata sint, expediemus.

§. II.

De ciuibus
& militibus,
qui manus
sibi intule-
runt.

Antiquissimis quidem temporibus non de omnibus officiis legislatores Romani præceperunt; sed de illis imprimis, quæ erant *manifesta*, & quæ si intermitterentur, necesse erat, directo lædi aliorum commoda, & sociorum utilitatem interuerti, ad quam promouendam augendamque suo se facto quodam obligatorio ciues obstrinxissent. Cetera propemodum, cuiusque pudori & verecundiæ permittenda esse arbitrati sunt; cum non videretur libertas hominum ingenuorum pati posse, vt legislatores plura ab ipsis exigèrent, aut obligationes nouas ipsis imponerent, quas non suo quisque facto aliquo, & consensu, mi-

^{a)} V. BYNKERSHOEK obseruat. iur. Rom. l. IV. c. 4.

minimum ficto, & præsumpto, contraxisset. Huius sententiæ, postea correctæ, in §. 2. *I. de oblig.* vestigia quædam deprehendis, cum affirmet imperator: omnes vel ex contractu aut maleficio, vel quasi ex contractu, aut maleficio, quo alter directo læderetur, obligationes & officia civilia enasci. Eodem igitur modo de illis, qui mortem sibi consciuerant, constituendum esse crediderunt: ut cuiusque conscientia, & iudicio, relinquerent, an manus sibi inferre vellet, si illud sine cuiusquam incommodo fieri posse videretur. Non quidem, mea sententiâ, quod probarent, illud factum esse; sed quia hæc talia prohiberi non posse civilibus præceptis, sed illis de sola iniuriâ alteri illata, deque officiis manifestis, ad quæ seruanda facto obligatorio, quod dicunt, & consensu suo se quilibet obstrinxerit, certi aliquid definiri posse arbitrarentur. Contra vero, si quod in cuiusquam vitâ momentum versaretur, quod ad amplificanda aliorum commoda, quorum ille procurationem facto quodam suo suscepisset, omnino pertineret; tunc subinde, si quis vitam morte voluntaria finiret, rem exempli esse censuerunt. Hinc Tarquinius Priscus, quod Vir *Cl. van BYNKERSHOEK* EX *PLINIO* ^{b)} observat, cum Quirites sibi mortem consciscerent non alia ex causa, quam ut operas, quas iusserat, euitarent, & se reipublicæ subtraherent; omnium ita defunctorum fixit crucibus corpora, spectanda civibus, simul & feris volucribusque laceranda. Videbantur enim ciues, cum in civitatem congressi sint, præstandarum operarum & obsequii necessitatem suo sibi facto aliquo inposuisse. Postea placuit: nec militibus ignoscendum esse, qui armorum ferendorum officium, de quo præstando fidem sacramento obligassent, morte voluntaria eludant, & prævertant. Docet enim *ARRIVS MENANDER L. 6. §. 7. D. de R. mil.* Hadrianum imperatorem rescripsisse: militem, qui sine causa se vulneraverit, aut mortem consciuerit, capite videri puniendum; prorsus ex eadem ratione ex qua veteris disciplinæ rigor ab illis, qui fugam fecerant, conspicientibus militibus, & a caligatis, id est gregariis, ^{c)} qui metu hostium languorem simulauerant, propter exemplum, capitis poenam sumserat *d. L. 6. §. 3.*; contra, si quis tædio vitæ, aut morbo, aut furore, mori maluerit, aut impatientia doloris, non animaduertendum quidem in militem, quia inutilis & inidoneus videretur; sed illum tamen ignominia mittendum esse: cum respublica recte ab illo exigeret, ut etiam vitæ tædium, & luctum, & dolorem, vinceret civium causa & patriæ, cui operam & animos & vires omnes dicto inreiuurando obstrinxisset. Ita etiam *PAVLLVS L. 38. §. ult. D. de poen.* disputat. Igitur causa reipublicæ in militis vitâ, quam patriæ obligauerat, versari credebatur: ut ipsi omnino parci non posset, si vel temere, ac sine causa, vel tædio vitæ, & præcipitis animi fervore, manus sibi intulisset; sed vel poena capitis vel ignominia coercendus videretur. Existimat *V. C. van BYNKERS-*

^{b)} *PLIN. hist. nat. XXXVI. 15.*
Aug. 25.

^{c)} Ita *TORRENTIVS* interpretatur ad Suet.

KERSHOEK, huic sententiae obstare VLPIANVM, qui l. 6. §. 7. *D. de iniust. rupt.* sensuit, valere testamentum militis, qui taedio vitae, vel dolore, mori maluerit, si ex illo facto perpetrato decessisset; cum tamen illorum qui ignominia missi sunt, testamenta desinant valere, si MACRVM l. 26. *de test. milit.* disputantem audiamus. Sed res salua est, & bene haec cohaerent. Neque enim illa ratione priora euertuntur, aut euincitur, impune militi fuisse, qui taedio vitae mortem consciuisset. Enimuero plerorumque militum, etiam illorum, qui ex delicto militari damnati, & sententiam passi fuerunt, testamenta seruata sunt, teste eodem VLPIANO l. 6. §. 6. *D. de iniust. rupt.* & porro l. n. pr. *D. de test. milit.* Familiare fuit Romanis, testamenta militum, quibus infirmatis non tam ipsis, quam heredibus illorum nocebatur, semper, nisi grauissima causa intercederet, iure militari sustinere. Praeterea miles, qui, si viueret, ignominia duntaxat mittendus esset, in ipsa morte satis supplicii, cui exsequendo manus suas ipse commodauerat, habere videbatur. Nunquam igitur veteres militi in se ipsum saeuienti ignoscebant.

§. III.

*Serui in
corpus suum
saeuientes.*

Non multo aliter in seruis obseruatum, qui & ipsi vitam propemodum non suo arbitrio, sed ex voluntate domini, agebant, suiue corporis occasione heri patrimonium exhauriebant. Nec tamen in seruis fere, qui rerum magis, quam personarum, loco habebantur, quantum deliquerint, sed quantum domino illorum caede noceretur, aestimatum est. Hinc *seruus malus* veteribus videtur, qui aliquid fecit, quo magis se rebus humanis extrahat, ut puta: qui laqueum torcit, vel venenum pro medicamento bibit (ita enim legendum esse docet *van BYNKERSHOEK*) praecipitemue se ex alto misit, vel aliud quid commisit, quo facto sperauit se ad mortem peruenturum. Sic VLPIANVS praecipit l. 23. §. 3. *D. ad edil. edict.* quia non nihil in alios ausurus videatur, qui hoc aduersus seipsum ausus est. Ergo nec seruus probabatur, qui cum se & sua omnia domino deberet, eius patrimonium labefactauit, corpore suo vulnerato, aut occiso. Sed instat *v. c. van BYNKERSHOEK*: ita tamen philosophatos fuisse veteres, ut seruis *naturaliter licere* existimauerint, saeuire in suum corpus. VLPIANVS enim l. 9. §. 7. *D. de pecul.* si ipse seruus, inquit, se vulnerauerit, non debet dominus hoc damnum de peculio deducere; non magis quam si se occiderit, vel praecipitauerit: *licet enim seruis naturaliter in suum corpus saeuire.* Pignore certares, ita visum esse Vlpiano, quod *naturaliter*, id est, ratione & iure naturali cuius liceat vim suo corpori inferre. Et videntur satis in illa lege praesidii habere, qui iureconsultos accusarunt. Sed nolim ita haec verba a legum interpretibus perueriti. Nihil dixisset VLPIANVS, si dixisset,

set, seruis *naturali iure* hoc licere, vt in suum corpus saeuiant: cum de *iure ciuili* quaereretur, & an liceret domino damnum ita acceptum de peculio deducere secundum ciuilia praecepta. Aut omnia metallum, aut verba illa, quod *seruo naturaliter liceat*, non de *iure naturali*, sed de *statu* serui accipienda sunt. Seruitutem enim *contra naturam* esse veteres credebant §. 2. I. de iur. pers. vt *naturaliter*, nisi instituto gentium introducta esset seruitus, nemo esse seruus videretur. *Naturaliter* igitur seruo, id est, si non esset seruus, nec vitam & vires suas domino deberet, si de ipso tanquam homine libero statuendum esset, liceret saeuire in corpus suum. Sed liceret, *non naturali iure*, sed *ciuili* duntaxat, quod pronunciauerat: hominibus liberis, si velint permitti, vt sine cuiusquam damno directo manus suis visceribus inferrent. Quasi dicat *VLPIANVS*: nihil hoc loco inter hominem liberum, & seruum, interesse, sed propter eandem causam, qua liberis permetteretur ius *αὐτοχειρίας*, illud etiam seruis esse concedendum, ciuilibus praeceptis. Sed *ius ciuile* homini libero, in se saeuire non ita permiserat, quasi *probaret* hominis furorem, qui secum ipso capitalem controuersiam exercuisse videbatur: neque, vt recte illum, aut ex *naturali ratione* agere pronuntiaret; sed quia ius ciuile olim de illis duntaxat actionibus hominum liberorum disposuerat, quarum *officia* semper *manifesta* essent, & quibus alter directo laedi posse videretur. *Incertum* credebant, si quis sibi manus intulisset, quo casu esset illud perpetratum; sed non magis illud certum in seruis, de quibus hac in causa idem, quod in hominibus liberis, constituendum esse arbitrabantur. Vt igitur totam *VLPIANI* argumentationem intelligas; ita haec accipienda sunt. Quaerebatur, an dominus qui de peculio serui conueniebatur, deducere posset de peculio pretium serui, qui se ipsum occidisset, aut praecipitasset. Negat *VLPIANVS*: quia seruo *naturaliter*, hoc est, si liber esset, vti omnibus hominibus liberis impune liceret, iure ciuili duntaxat, in sua viscera saeuire. Cum enim liberi homines qui sibi mortem consciuerant, ex hac causa puniri non possent, quia *incertum* erat, deliberato, an casu, aut per furorem, atque impotentiam se occidissent; ne de seruo quidem aliter habendum; neque dici posse, quod seruus hoc nomine domino aliquid debeat: quia forte citra consilium animi, casu, aut furore, vitam finire potuisset. Adeoque hanc serui mortem, aequae ac liberorum hominum non ad damna maleficio serui data, sed fere ad casus fortuitos, & ad fatalia damna pertinere: quae cum solus dominus sentire debeat, ex peculio, quod creditoribus obligatum erat, deduci non posse videbantur. Alii *naturalem* hanc *licentiam* de *facultate naturali* interpretati sunt, ac si *VLPIANVS* dixisset: seruo *per vires corporis* licere, vt saeuat in corpus suum: *naturam* seruis duas manus aequae, ac liberis hominibus, dedisse, quas possent in se ipsos conuertere.

re. Hoc damnum a domino caueri non posse, adeoque seruorum pudori relinquendum esse, vt recte de suo corpore statuant. Quamcunque interpretationem acceperis; illud tamen dominus *van BYNKERSHOEK* nunquam ex hac lege eliciet, quod sibi finxerat iuris ciuilis decretum: *licere homini moraliter & naturali ratione mortem sibi consciscere.*

§. IV.

*De illis qui
mortem sibi
ante senten-
tiam consci-
uerunt.*

Tunc igitur demum ciuili iure in *αὐτόχειρας* animaduersum est, cum vita illorum & operae aliis esse obligatae viderentur. De illis videamus, quibus sententia capitalis imminebat. Et hi enim, postquam postulati erant criminis, quasi ex contractu, & propter vtilitatem communem societatis, vitam debebant reipublicae, donec vel absoluti, vel damnati essent, & ab ipsis supplicium, propter exemplum, iudicis auctoritate fumeretur. Praeterea damnatione subsecuta etiam possessiones & bona in crimine capitali fisco obstricta erant, inque illum inferenda. Hoc *CALLISTRATVS* docet *l. 1. D. de bon. damnat.* Igitur ne illis quidem de vita sua arbitrium omnino relinquendum esse videbatur. Sed olim quidem propter maximam in absoluendis reis facilitatem veterum prudentum, propterque heredum innocentium fauorem, illi, qui mortem ante sententiam sibi consciuissent, quamuis postulati, tamen bona sua heredibus, excluso fisco, relinquebant. Quod miror a iureconsultis me non inuenisse obseruatum. *VALERIUS MAXIMVS* eiusmodi speciem enarrat: *d)* Caium Licinium Macrum virum praetorium, Calui patrem, criminis repetundarum reum, dum sententiae diriberentur, in Maenianum conscendisse: mox cum Marcum Ciceronem, qui id iudicium coegerit, praetextam (quam ponere solebant magistratus, cum damnationis sententiam pronunciarent) ponere vidisset, misisse ad eum qui diceret: se non damnatum, sed reum, periisse, nec sua bona hastae subiici posse: ac protinus sudario, quod forte in manibus habebat, ore & faucibus coarctatis, incluso spiritu poenam morte praecurrisse: illaque re cognita, de illo Ciceronem nil pronunciasse: ita ingenii illustris oratorem & ab inopia rei familiaris, & a crimine domesticae damnationis, inusitato genere paterni fati vindicatum esse. Quondam igitur eludi sententia publicationis poterat, si quis occuparet carnificis officium, & de suo corpore supplicium fumeret. Postea intellectum, ita fraudem legibus fieri, & fisco bona, quae post sententiam publicanda essent, extorqueri; hinc *MARCIANVS* *l. 3. D. de bon. eor. q. ant. f.* duce *PAPINIANO* praecipit; qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi, metu criminis imminentis mortem consciuissent, illos heredem non habere. Nihil igitur sentiebat poenae, qui ipse suis manibus fatum suum occupasset. Ipse enim reus sibi non pepercerat, obieratque poe-

d) *VAL. MAX. IX. 12. 11. 7.*

pœnæ publicæ ministerium. Et quamvis etiam in cadauer propter exemplum animaduerti potuisset; satis tamen ipsum habere supplicii credebant. Id ferri posse non videbatur, quod voluntaria reorum morte fisco eriperentur bona, post sententiam damnationis publicanda. Igitur heredem non habebant; sed bona inferebantur in fiscum; neque tamen ideo inferebantur, ut pœnam *propter cædem sui* a reo sumerent; sed ne fisco nimirum fraus fieret voluntaria occisione. Hunc fere in modum LIVIVS ^{e)} affirmat, illos qui conscientiae causa elegissent exilium, absentesque essent damnati, corporibus substractis, bona tantum, quæ publicari poterant, pœnæ pignora præbuisse. Quia igitur non de pœna *αὐτοχειρίας*, sed de fisco non defraudando, agebatur: bona illius, qui mortem sibi consciuerat, non publicata sunt, nisi ob crimen, propter quod, etiam damnatione subsecuta, morte aut deportatione afficiendus esset reus, & bona in fiscum inferenda. Ita idem MARCIANVS *d. l. 3. §. 3.* rem definiuit. Hinc si furti reus sibi manus intulit, bona non publicanda sunt, quia ipsi non adimerentur, si compertum in ipso furtum fuisset. Sed nondum Icti substituerunt; nec sufficiebat, dignum bonorum publicatione crimen ab illo perpetratum esse, qui in corpus suum saeuierat. Desiderarunt, ut reus etiam eius *postulatus* esset, aut in scelere omnino deprehensus, antequam mortem voluntariam obiret. De solo enim consilio fraudis quaerebatur, ab illis inito, qui sententiam & bonorum publicationem morte praeuertere volebant. Huius nulla erat certa suspicio, nisi intelligeretur, reum metu conscientiae teneri quasi confesum. Ait enim MARCIANVS *pr. d. l. 3.* non facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri: ideoque, inquit, aut postulati sint, necesse est, aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur. Imo vero ne omnes quidem, qui criminis postulati essent, aut deprehensi in scelere, ex quo bona publicanda viderentur, bona amittebant; sed illi demum, ex quorum morte posset probabili indicio cognosci, illos veluti *confessos* esse crimen, cuius erant postulati. Igitur, qui taedio vitae, vel impatientia doloris alicuius, vel alio modo vitam finierat, habebat successorem, ex rescripto Diui Antonini, *D. l. 3. §. 4.* & bona eius seruabantur; quia incertum erat, utrum conscientia sceleris, an alia de causa, in suum corpus saeuisset.

Ex quibus rebus intelligitur, quam inique agant cum iureconsultis, qui ex hac lege eliciunt, probasse veteres, & innocua censuisse illorum consilia, qui taedio vitae, & impatientia doloris spiritum vitalem emisissent. Audeo affirmare, nunquam hoc veteribus venisse in mentem. Neque enim hac lege agebatur, qua pœna, reo mortuo, crimen *αὐτοχειρίας* afficiendum esset, sed an indicium conscientiae, & criminis, cuius quis esset

esset postulatus, ex voluntaria morte accipi posse videretur? qua in disputatione illi, qui tædio vitæ mortem consciuissent, rectius absoluebantur: non, quod illos recte fecisse quisquam iudicaret; sed, quia in his incertum erat, ex criminis & damnationis metu, an alia de causa, manus sibi intulissent.

§. V.

Pœna illorum, qui sine causa se vulnerauerant.

Sed vt plenius intelligatur, veteres iureconsultos, qui sub Imperatoribus maxime vinebant, damnasce illorum conatus, eosque improbos, & inconsultos esse fuisse, qui mortem sibi ipsis consciuissent; audiamus MARCEANVM d. l. 3. §. 6. *D. de bon. eor. qui ant. sent.* de illo, qui manus sibi intulit, sed nondum illud factum perpetravit, disputantem. Cum quæritur, inquit, an is, qui manus sibi intulit, & non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulit? omnino puniendus est; nisi impatientia doloris, vel tædio vitæ coactus sit hoc facere. Et merito, si sine causa hoc fecit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret. Audis igitur, *punitos*, qui sibi sine causa manus intulissent; sed eadem de causa, ad quam contendebant omnia civilia præcepta: quia nimirum alios vel læsisse, vel læsurus esse, videretur, qui suo corpori non pepercisset. Neque tamen hæc veterum severitas illustri Domino V. BYNKERSHOEK persuasit, vt iureconsultos ab illa macula absolueret; quos credidit patrocinari illis omnibus, qui sibi mortem consciuissent. Ait enim, in illos duntaxat hæc lege animaduersum esse, qui *sine omni causa* manus sibi ausi sint inferre. Sed quamlibet omnino causam iureconsultis sufficere, ad reum excusandum; vt locus huic poenæ vix esse possit, vtque illa dicis causa constituta esse videatur. Enimvero non solum tædio vitæ, & impatientia doloris illum defendi, qui manus sibi intulisset, sed VLPIANVM etiam l. 6. §. 7. *D. de iniust. rupt.* hanc excusationem accipere, si quis, vt quidam philosophi, *iactationis* causa mori maluerit: & PAVLLVM, l. 45. §. 2. *D. de iure fisc.* eius bona, qui pudore æris alieni seipsum occiderit, successoribus relinqui voluisse: semper aliquid eiusmodi causæ obtendi potuisse: adeoque huic poenæ locum fuisse nunquam: sed fuisse iureconsultos hominibus, qui mortem sibi ausi sint afferre. Verum, huic dubitationi varie poterit occurriri. Enimvero neutra lege absoluntur illi, qui mortem consciuerunt; sed testamenta eorum valere iussa sunt. Male vero colligitur, illos omnino non notari, aut illorum consilia probari, quorum testamenta servabantur. Supra enim traditum est, militis, qui mortem sine causa consciuerit, valere testamentum, quamvis ignominia mittendus censeretur. Igitur a servato testamento non ducitur argumentum ad impunitatem sceleris probandam. Deinde, si dicamus, datam illis veniam sceleris, qui iactationis, vel pudoris causa mori maluerint; illud non alia de causa factum esset, quam quia furoris quadam specie excusari viderentur illi, qui tantum facinus ex talibus causis perpetrassent, in quas nemo sanus incidere

dere potuisse videretur. Imo vero faciamus impunitatem omnino consecutos, qui scientes, & fani, tædio vitæ, aut pudore æris alieni vitam finire voluissent; nondum inde confectum est: probasse, & laudasse iureconsultos illud facinus, quod venia dignum censuerunt. Multa, ut esset locus experiendæ atque comprobandæ virtutis, civium pudori relicta sunt: & illa officia inprimis, quæ interdum in incerto versarentur, aut ad quæ nullo nos facto obligatorio obstrinxerimus. Illud supra a nobis disputatum est. D. Marcus rescripsit: eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegerit, non recte facere: pœnam tamen in eum constitutam non esse. L. 14. §. 14. D. de relig. Et laudandus est, secundum ULPIANUM L. 1. §. 3. D. de pericul. & commod. rei vendit. venditor, qui postquam denunciavit emptori, ut vinum tollat, vel sciat futurum esse, ut effundatur, tamen non effudit vinum, quod impune effundi potuisset. Nota ex Lex Cincia, cui non alia sanctio adiecta, præter hanc unam: qui secus fecerit, illum improbe facturum. Caue igitur, ex impunitate laudem conicias, aut existimes, illa continuo probari, quæ nulla pœna civili coercetur.

§. VI.

Sed nondum V. C. van BYNCKERSHOEK quiescit. Ait enim, iureconsultos de sui ipsius cæde stoice philosophatos, illudque etiam CUIACIUM ^{Quid Stoici & Romani senserint περὶ αὐτοχρησίας.} aliquando observasse: hinc trahi suspicionem, iureconsultos Stoicorum exemplo credidisse, quod illi moraliter mori liceat, cui vivere displicuerit. Sed ne Stoicorum quidem disciplina, cui iureconsultos plerosque omnes operam dedisse constat, in suspicionem adducunt legum interpretes, ut illos fuisse hominibus inconsultis, qui mortem sibi consciuerunt, arbitremur. Enimvero quamvis Stoici interdum sapienti licere crediderint, mortem eligere; tamen vel ignoverunt magis illi ignaviæ, & temeritatî, quam ut illam probasse videantur; vel certe plerique illorum in illo argumento fluctuarunt, & in lubrico versati sunt, incerti, quo se sint consilio expedituri. SENECA mirifice imbutus Stoicorum disciplina, modo potestatem hanc facit sapientibus, ut de vita sua ipsi constituent; modo f) viuum bono viro affirmat, non quamdiu iuvat, sed quamdiu oportet: illum, qui non uxorem, non amicum, tanti putet, ut diutius in vita commoretur, quique perseveret mori, delicatum esse: nefas videri si quis sibi omnino mori cupiat: sed & si cœperit, illum tamen intermittere debere, & vitam suam suis commodare: omnes dolores animi obstinatione vinci posse, & cum primum maximi fuerint, illos vel remittere, vel desinere. Atque idem etiam alio loco: g) sapiens aliquando, inquit, etiam si certa mors instabit, & destinatum sibi supplicium sciet, non manus suas pœnæ commodabit. Venit qui occidit: exspecta; quid occupas? Quare suscipis alienæ crudelitatis procu-

I 8

ra-

f) SENECA ep. 104.

g) idem ep. 70.

rationem? Vtrum inuides carnifici, an parcis? Idem denique rursus alibi: *b)* dementiam esse, si quis timore mortis cogatur ad mortem: virum fortem non debere fugere ex vita, sed exire, & ante omnia vitandum esse affectum, qui multos occuparit: *libidinem moriendi*. Ita SENECA philosophatus est. Sed MARCVS AVRELIVS ANTONINVS *c)* huius philosophiæ sapientissimus interpres, si constaret Deos non esse, aut rerum illos humanarum curam non gerere, tunc demum mori se malle, quam vivere: *τί μοι ζῆν ἐν κόσμῳ κενῶ θεῶν, ἢ προνοίας κενῶ*. Sed scire se, quod certe dii sint, illorumque providentia humanæ res administrantur. Vides igitur, ne inter stoicos quidem de illo argumento convenisse, sed plerosque laudasse magis illos, qui vivere perseverarent, atque obdurent in dolore. Sed largiamur, ita Stoicos sensitisse; nec tamen hoc tibi idoneam causam dederit iureconsultos criminandi. Nunquam iureconsulti sacramentum Stoicis dixerunt, quanquam ipsis obsecuti sint in multis. Non pauca etiam a reliquis sectis subinde commodarunt. Præterea non fuerit probabile ad fidem: solos nimirum iureconsultos *περὶ αὐτοχειρίας* benignius scripsisse, cum tanto populi Romani univ ersi, qui *αὐτόχειρας* odio habebat, consensu vincerentur. In consilium adhibeamus DIONEM CASSIUM, ita de populo Romano verba facientem: *k)* *τὸς τῷ θανάτῳ καταφρονέοντας ὡς καὶ καλὸν ἂν τι ὑπὸ αὐτονομίας τολμήσαντας ὑποπτεύσει πάντες, καὶ μισῶσιν*. Qui vitam suam proiciunt, & tanquam ex insania magnam se rem tentare credunt, illos reliqui omnes suspectos, odioque habent; ut intelligatur detestatos fuisse Romanos illorum segnitiam, qui mori maluissent. Si Poëtas non contemnis, audiamus MARTIALEM de moribus populi tradentem: *l)*

*Quod magni Thræscæ, consummatique Catonis
Dogmata sic sequeris, saluus ut esse velis:
Pectore nec nudo strictos incurris in enses,
Quod fecisse velim te, Decimane, facis.
Nolo virum, facili redimit qui sanguine famam,
Hunc volo, laudari qui sine morte potest.*

Sed idem etiam alio loco: *m)*

*Hostem cum fugeret, se Fannius ipse peremit.
Hic rogo non furor est? ne moriari mori.*

Sed & ipsi iureconsulti *L. 9. §. 7. D. de pecul.* & alibi sæpius SÆVITIAM appellant, si quis in corpus suum aliquid committat. Nemo sanus SÆVITIAM probabit. Quam qui iureconsultos probasse existimat, næ! ille veteres alienos credit, ab omni ratione & officio humanitatis. Cuius rei accusationem nemo instruet ex legibus Romanis.

§. VII.

b) idem ep. 24.

c) M. A. ANTON. *εἰς ἑαυτὸν* lib. II. §. II. p. m. 23.

k) DIO CASS. lib. XLVI. p. 353. edit. Stephan.

l) MARTIAL. lib. I.

epig. 9.

m) idem II. 30.

§. VII.

Accepisti, quid visum fuerit veteribus iureconsultis. Sed de ratione naturali videamus. Huic si obtemperes, obdurandum est in doloribus: nullus-<sup>Lex nat-
turalis au-</sup> que locus dabitur temeritati inconsultæ, qua possis in tua viscera sæuire. In-<sup>τοχαιρίαν
quam fin-
gunt inno-
centem dam-
nans.</sup> quam qui sponte prolapsus fuerit, illum, quemcunque demum necessitatis titulum obtendat, ausum esse facinus nefarium & execrandum iudicamus. Quæ ut intelligantur, accipe breuiter rem totam:

I. Omnes, qui viuimus, ideo hunc spiritum, hos artus accepisse sciendum est, ut numinis infiniti amplificemus gloriam, & maiestatem celebremus, eius fines & mandata exsequamur: deinde, ut utilitatem communem, quantum in nobis est, promoueamus, & commoda societatis vniuersæ animo amico procuremus. Ad hæc officia nati sumus & editi, ad hæc ab ipsa natura comparati.

II. Harum rerum tanta est grauitas, ac pondus, momentumque in illis tam arduum versatur, ut sola spes, vel *possibilitas*, quam Philosophi appellant, finis alicuius diuini exsequendi, det nobis idoneam expectandi causam: ut si quid positum sit in nostris viribus, quod vel *possit tantum* ad colenda illa officia accommodari, & si quid supersit nobis, quod vel *aliquando duntaxat*, etiam citra spem & expectationem, vilo modo gloriæ numinis ac voluntati *possit* inferuire, aut sociis prodesse; hoc solum satis causæ sit, cur magno studio & contentione quæramus occasionem rei pie & e societatis commodo gerendæ: utque nullis doloribus, ne quidem maximis, nullis molestiis parcamus; sed eo omnem curam atque cogitationem conuertamus. Enimvero, cum etiam in rebus leuioribus, quæ tamen sint momenti alicuius, si *possint* bona insignia sine magnis molestiis adquiri, vel mala quædam sine magno incommodo caueri, *sola possibilitas*, quam dicunt, nobis officia imponat, quæ vel in agendo posita sunt, vel etiam in abstinendo; tanto certius cum de finibus diuinis exsequendis agitur, vel *sola possibilitas* utilitatis alicuius procurandæ, nos obstringet, ut viuamus.

III. Quapropter cum nunquam non, dum viuimus, & hunc spiritum ducimus, supersit aliquid virium, quod *possit* ad illa officia referri, atque vel ad numinis gloriam, vel ad societatis utilitatem accommodari; intelligitur, *nunquam fas esse homini viuenti, ut emigret e vita suo arbitrio*, aut festinet ad mortem obeundam, quam serius ipsi natura destinauit. Quod si enim omnia alia deficient, *vel hoc solum* numinis gloriæ inferuit, *quod viuat & existat* Dei creatura, & per longum temporis spatium, etiam in doloribus, & incommodis maximis *perduret*. Sed hoc ut fiat, *semper est in nostra potestate*, donec natura dissoluat corporis compagem.

IV. Vir *Cl. Andreas RIDIGERVS* ⁿ⁾ ubi de iure naturali disputat, ita de hac re philosophatur; „si vita nobis nihil tale meritis mox sit cum cruciatus, bus eripienda, quæ interea neque nobis, neque aliis, vel minimum sit utilis „futura; fonte omnium virium cessante, cessare omnem obligationem: „(illam videlicet, quæ enascitur ex *lege naturali*: in qua secundum eius sententiam sola *officia rega societatem* tradenda sunt; cum *officia erga deum* in *theologia naturali* separatim pertractentur.)

V. Sed in hoc argumento se a RIDIGERO Præses nullo non tempore seiunxit, abiitque in sententiam diuersam. Enimvero, ne illis quidem ignoscendum, qui cum iam *crucibus fixi sint*, & mortem præsentissimam intueantur, inueniunt media, & adhibent, quibus vita citius, quam postulat natura, finiat: ut qui talia ausus sit, *iniurius* etiam *in societatem* esse videatur. In ipsa enim cruce poterit prodesse sociis vel solo exemplo moderationis, & obsequii, quo patitur sententiam iudicis, & optemperat voluntati imperantis; ut reliqui ad imitationem virtutis eiusdem euocentur.

VI. Sed faciamus, quod tamen nunquam largiemur, illos qui crucibus fixi sint, aliquando non posse *exemplo* sociis prodesse; at *nocere* tamen certe *exemplo* posset, qui vitam in cruce citius, quam natura postularat, finiisset: quod solum si omnia alia deficient, satis causæ est, cur sibi temperet, dolores perferat, vitæ finem, *societatis causam*, patientius expectet.

VII. Denique fingamus: *ne exemplo quidem* illos *nocere* cuiquam posse, quod & ipsum credo nunquam accidet; cessante officio, quo societati obstringimur, *deo* tamen certe, qui gaudet, rem suam existere, & perdurare, *pietatem* & *patientiam* debebunt: ut intelligatur, ad quam vim sustinendam hoc corpus a creatore comparatum sit, aduersus quos impetus munitum, ad quos dolores perferendos accommodatum: quid effici possit animi imperio, constantia, magnitudine in rebus aduersis? denique ut summo auctori orbis vniuersi placeamus.

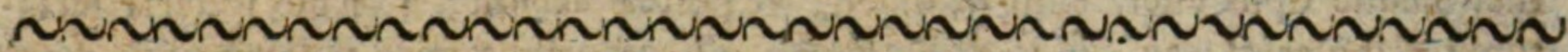
VIII. Videtur ipse RIDIGERVS, cuius tamen causam hoc in argumento Præses nunquam suscepit, neque suscipiet omnino vnquam, agnoscere, quod, quamuis nec nobis nec societati prodesse, adeoque ab officiis *erga hominum societatem* absolui posse videamur; tamen *pietatis in deum* ratio postulet, ut manus infestas a nobis arceamus. Ille enim post verba, quæ supra recitata sunt, paucis interiectis, in non dissimili specie, ita fere pergit: „quod si vitam „sibi abrumpit, ille impius hoc ipso in Deum est, quod tantum bonum ingrato „animo respuat: in ipsam vero humanam societatem minime est iniurius. „Sed certius existimamus, & supra a nobis demonstratum est, *non Deo duntaxat*, sed etiam *societati*, vitam viresque nostras omnes ad omnem utilitatem, quæ vnquam excogitari possit, procurandam omni tempore deberi.

Nun-

ⁿ⁾ Instit. philos. pragmat. edit. Lips. d. A. 1723. Sect. II. P. II. c. 2. §. 165. p. 148.

Nunquam igitur vel tædio vitæ, vel impatientia doloris, vel pudore aeris alieni, vel iactationis caussa, vel temere, & sponte moraliter licet manus suo corpori inferre.

Hæc quamuis nota sint, & per decem fere annos a Præsidente in vtrique Academia Saxonum tradita, eiusque præcepta multorum in manibus versentur; hoc tamen loco adducenda fuerunt vt ineptis aliorum obtrectionibus publica hac professione nostræ sententiæ anteuertamus.



XIV.

DISSERTATIO

DE SERVITUTE ALTIVS TOLLENDI IN VSVCAPIONE LIBERTATIS CONSISTENTE.

VITEMBERGAE, PRID. ID. MART. MDCCXXXIII.

§. I.

De iure altius tollendi verba facturus, indolem eius ex cæterarum seruitutum natura, & historico huius iuris progressu animaduerto facile declarari posse. Ideoque prænotandum prius generale discrimen, quod a veteribus inter seruitutes *rusticas & urbanas* custoditum fuit. *Generale discrimen seruitutum urbanarum & rusticarum.* Omnis seruitus prædiorum consistit vel *in solo* vel *in superficie* L. 3. de seruit. Hinc quædam seruitutes dicuntur rusticæ, quæ solum afficiunt, quædam vero urbanæ, quarum vsus est in superficie. Licet enim nonnulli existiment, discrimen seruitutum urbanarum & rusticarum ex eo potissimum definiri debere, an seruitus debeatur prædio rustico, an urbano; vix tamen est, vt hæc nota pro certa haberi possit: siquidem constat, seruitutem urbanam, vt puta: ius altius tollendi, tametsi debeatur prædio rustico, manere nihilominus urbanam, & omnia, quæ in seruitutibus urbanis urbano prædio debitis observantur, pariter in illa obtinere. Rectius ita statuendum esse videtur: in antiquitate hoc solum accidisse, cum adhuc frugalitatis laude clarescerent Romani. Hi enim prædia rustica nonnisi ad necessitatem agriculturæ exstruebant, adeoque τὸ τελεσφόρον & principale eorum erat *solum*; *superficie* vero in tantum ratio habebatur, in quantum ea rustico vsui inferuiebat. Ille rustici ex villa prospectus amoenissimus habebatur, qui oculis offerret horrea, bouilia, vel alia conclauia instrumentum.

mentis agriculturae referta. Quaedam etiam *urbanae* servitutes ita sunt comparatae, ut nonnisi in aedificiorum contiguitate locum habeant, ut puta: oneris ferendi, tigni immittendi, & similia. Consequens ergo est, urbanas servitutes olim perpetuo in praedii urbani utilitatem constitutas, rusticas servitutes vero in vrbe eo minus frequentes fuisse, quo minus eo tempore Romana gens amplis & spatiosis domibus, sed potius casis humilibus sine ordine & splendore positis, utebatur. Quippe ita potius aedificabant, ut cuique ad domum suam liber aditus, neque opus esset, eum in finem, ut postea accidit, a vicino itineris servitutem stipulari *L. 20. ff. 1. d. S. P. V.* Temporibus vero posterioribus haec omnia invertebantur, cum scilicet luxuria urbem ingrederetur, & villae non agri colendi gratia, sed voluptati ut inservirent, aedificarentur. Hinc non minori cura superficies quam solum instruebatur. *PLINIUS IVNIOR*, homo caeteroquin frugalis, & quam minime delicatus, Laurentinum suum in tam varias porticus, balnea & baptisteria diuisum memorat in *Lib. 2. epist. 17.* ut eo nomine haud immerito sub censuram *VARRONIS de re rustica l. 13.* venire videatur, eos reprehendentis, „qui diligentiam suam in villa aedificanda eo „potius dirigunt, ut spectent sua aestiva triclinaria, ad frigus orientis, hiberna „ad solem occidentem, quam ut antiqui, in quam partem cella vinaria, aut „olearia, fenestras haberet. „ Idem accidit *rusticis* servitutibus. Adeo enim ab antiqua severitate recedebant Romani, ut aqua, quae olim ad irrigandum, vel pecoris, causa, ducebatur, nunc etiam amenitatis causa in praedia urbana duci posset. *L. 1. ff. 11. L. 3. pr. d. aq. cottid. & aestiu.* Magis ergo est, ut servitus rustica, praedio licet urbano debita, maneat nihilominus rustica, dummodo ea in solo exerceatur; & e contrario urbana servitus, licet ad rusticum praedium pertineat, urbanarum servitutum numero & iure nequaquam excidat. Nec mouet, quod servitutes praedio rustico debitaе, licet *superficiem* afficiant, nominentur a *Nervatio* in *L. 2. d. S. P. R.* rusticae; Icti enim nomen antiquum & morem nominandi servitutes a praediis retinentes, nihil in vera earum natura mutauerunt. Ideoque sine discrimine servitus urbana, siue debeatur praedio rustico, siue urbano, solo nonusu haud perit, nisi simul a serviente libertas usufruapiatur *L. 7. d. S. P. V.* Subtiliter hoc animadvertit *Coryphaeus* legum prudentum *VLPIANVS* in *L. 1. pr. comm. praed.* scribens: servitutes urbanorum praediorum constitui posse, etiamsi in villa aedificia sint.

§. II.

*Naturalis
urbanarum
servitutum
ordo & se-
quela.*

Dixi haec de generali discrimine servitutum rusticarum atque urbanarum. Specialiter nunc de earum natura & ordine naturali erit agendum. Aggrediamur primo *urbanas*. Illud haud in obscuro esse arbitror, ab omni servitute libertatem circumscribi. Libertas vero vel provenit ex iure naturali, vel civili. Qua propter *naturali* more primum servitutum genus id fuit, quod

naturali aduersatur libertati: belle hoc vidit **SEXTVS PEDIVS**, iudice **VLPIANO** in *L. 5. §. 9. d. nou. op. nunc.* qui ideo naturalem noui operis nunciationis causam eam nominat, cum prohibemus in aedes nostras immittentem, vel aedificantem in nostro, quia nimirum *naturalem* per eam defendimus libertatem. Dupliciter vero se exerit naturalis domini libertas in superficie. Vel enim ipse in aedificio suo infinite quid *facere* potest, etiam si vicino officiat; vel vicinum *prohibere*, ne quid immitat, vel faciat, in aedibus alienis, contra ius domino a natura concessum. Ad hanc itaque licentiam coercendam, stipulabatur vicinus dupliciter: vel, ne seruiens quid faciat in suo, quod ipsi communi iure permittebatur, vel, ne prohibeat vicinus seruiens dominantem immittere, & aedificare, in aedibus seruientis. Ita circumscripta est vtraque libertas. Inde satis probabile videtur, seruitutes, ne altius tollatur aedificium, ne luminibus officiat, vt stillicidium recipiatur, vt tignum immittatur, & similes prius usitatas, eas vero tempore & moribus longe posteriores fuisse, quae sunt *libertatis naturalis*, & postea vtiliter seruitutum nomine insignitae fuerunt. Qua vere ratione hoc acciderit, age videamus.

§. III.

Nimirum constat exemplo rerum immobilium introductam fuisse *usufructum*, ita, vt satis breui tempore, biennio scilicet, seruitutes acquirerentur. *Qua ratione libertas naturalis ante legem Scriboniam in seruitutis nomen transferit.* Hoc iniquum videbatur **ICTIS**, quod tam breui temporis spatio libertatis naturalis iacturam facerent **Quirites**. Sed quomodo consulerent? Per solum non usum ideo perire non poterant, quia usus sinitur facto hominis, urbanae vero seruitutes consistunt potius in non faciendo, & sufficit adesse opus humanis manibus factum, quo mediante dominans ius suum exercet, licet ipse perpetuo haud concurrat. Aliam ergo excogitabant seruitutum formam. Ad seruitutem scilicet satis esse credebant, si ius seruientis diminueretur, alterius vero augeretur *L. 5. §. 9. d. nou. op. nunc.* & quia hoc pariter fieri videbant, in libertate naturali per usufructum amissa, recipienda; hanc ipsam seruitutis nomine includebant, ne veterem usufructus, quae tantum ad seruitutes pertinebat, formam innouare viderentur. Finge itaque adquisivisse vicinum seruitutem, ne altius tollantur aedes: amissa est eo nomine libertas naturalis. Si vero per statutum tempus altius aedificatum habueris; recuperata est *libertas naturalis*; & erit *seruitus altius tollendi*. Et quia hae duae seruitutum species sibi inuicem oppositae, commode vno vocabulo exprimi nequeunt, patet hinc ratio locutionis: *seruitus altius tollendi* vel *non*: in *L. 2. d. S. P. V.* Pari modo caeterae seruitutes urbanae sunt explicandae. Quamvis enim in quibusdam explicite non fiat mentio libertatis naturalis sub titulo seruitutis; male tamen exinde colligi videtur, quasi non idem in illis obtinuisset. Nonnunquam enim sola memoratur seruitus: *ne liceat* altius tollere; quae tamen eodem casu in se continet tacite contra-

trariam seruitutem, scilicet *ut liceat* altius tollere. Extat huiusmodi species in *l. 4. §. 8. si seru. vind.* Dicitur ibi seruitutem: ne altius tollatur, ei etiam deberi posse, qui vltiores habet aedes; quis vero negaret, ibi sub hac seruitute etiam contrariam comprehendi? Hoc inconsulti, credo, foret iudicii. Ergo dici potest seruitus tigni immittendi, vel non; oneris ferendi, vel non: absque lapsus metu, & laesione verecundiae veteribus debitae.

§. IV.

*Luminum
seruitus ex
hypothesi
precedentis
§phi decla-
rata.*

Paulo difficilior erit opinionis huius applicatio ad *luminum* seruitutem. Communiter interpretes hic duplicem statuunt seruitutem: *luminum* scilicet, & *ne luminibus officiatur*. Ea in re vtuntur verbis *PAVLI* in *l. 4. d. S. P. V.* qui vtramque formulam seiungit. „*Luminum* enim inquit, seruitute constituta, id acquisitum censetur, vt aduersarius lumina nostra excipiat. Cum autem seruitus imponitur, *ne luminibus officiatur*, id adepti videmur, ne ius sit vicino, altius ædificare inuitis nobis, atque ita minuire lumina nostrorum ædificiorum. Si quæris, quid sit in hac lege lumina nostra excipere, ablegant te ad eundem *PAVLUM* in *l. 40. d. S. P. V.* qui ita respondit: „eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse. Ex quibus verbis conii-ciunt, *luminum* seruitutem simpliciter, diuersam esse ab hac: *ne luminibus officiatur*, & per illam licentiam fieri dominanti, fenestras in vicini parietem immittendi. Sed salua res est: quandoquidem rectius hanc sententiam oppugnavit vir celeberrimus *GERARDVS NOODT. POMPO-NIVS* enim in *l. 23. d. S. P. V.* eandem esse putavit *luminum* seruitutem, & *ne luminibus officiatur*, siquidem in vtraque formula: *lumina, uti nunc sunt, ut ita sint*, & *ne luminibus officiatur*, id adepti videmur, ne vicinus luminibus nostris officiat. Sub generali potius vocabulo *luminum* comprehenditur duplex seruitus affirmatiua & negatiua: *seruitus & libertas* a seruitute. Vt puta: seruitus luminibus officiendi, vel non, quemadmodum hoc duplex seruitutis genus pari modo continetur in seruitute altius tollendi vel non *l. 2. d. S. P. V.* Hoc si cogites, iam non obstabit *PAVLVS* in antea citata *l. 4. d. S. P. V.* Nam verba eius, vt vicinus lumina nostra excipiat, commode ita accipi possunt, ne contra ædificando vicinus lumina nostra quacunque ratione impediatur, quemadmodum idem similem stillicidii formulam interpretatur in *l. 20. §. 3. d. S. P. V.* Forsitan *PAVLVS* tradere voluit diuersas formulas Romanorum ædificiis inscribi solitas, quæ alibi sæpius leguntur: *lumina uti nunc sunt, ut ita sint*, & *ne luminibus officiatur*. Neque mens eius fuit, vt duplicem faciat seruitutem *luminum*, & *ne luminibus officiatur*: siquidem, vt antea dictum est, per vtramque formulam id obtinebimus, *ne luminibus officiatur*. Sed tantum formulæ, ne lumi-

luminibus officatur, specialiore esse significationem, & plerumque de seruitute, ne altius tollatur, accipi debere; priorem vero formulam, si luminum seruitus simpliciter constituitur, ampliorem recipere interpretationem, ut de quocunque luminis impedimento accipiat. *l. 15. ff. 8. d. S. P. V.* Siue ponatur arbor *l. 17. pr. d. S. P. V.* Siue deprimatur aedificium, ne lumen κατὰ ἀντανάγκασιν in aedes alterius deuolui possit *l. 17. ff. 2. d. S. P. V.* Ergo nihil impedit, quo minus haec quoque seruitus eodem cum cæteris urbanis iure censeretur.

§. V.

Referendæ nunc veniunt eæ seruitutes, quæ solo inhærent, & inde rusticæ appellantur. Harum usus perpetuo postulat factum hominis. Quemadmodum itaque libertas naturalis, quæ in solo exercetur, & vicino damno-
sa est, in eo potissimum consistit, ut prohibeamus alterum ne in solo nostro quid faciat, quod tollat libertatem naturalem; ita simplex quoque seruitutum rusticarum genus fuit, quo scilicet, seruiens dominanti concedit, in ipsius solo aliquid facere, quod leuat necessitatem, & auget commodum praedii dominantis. Pater inde, hoc nomine minime necessariam fuisse inductionem *libertatis*, sub seruitutis specie: siquidem harum seruitutum natura patitur, ut solo nonusu perire possint. Cessante enim facto dominantis cessat ipsa seruitus, quæ facto hominis absoluitur *l. 6. quemadm. seruit. amitt.* & hac ratione non opus fuit libertatis usufructu. Hic quidem aquaeductus seruitutem mihi obijci posse sentio; quæ, quamuis in ea hominis opera perpetuo minime necessaria sit, tamen inter rusticas seruitutes connumeratur. Sed hodie plane alia est facies huius seruitutis, quam quæ fuit antiquis temporibus. Vix credibile est, Romanos, primordio urbis tam magnificis aquaeductibus usos esse, ut posteritas umbram & reliquias horum operum propemodum horreat. Aqua ab initio ducebatur per riuos ad agrum irrigandum & hauriendum. Huiusmodi vero aquam non per totum annum duci, sed interdum expedire, ut intermittatur, constat ex *l. 1. ff. 2. 3. d. aq. cottid. & æstiu.* Hinc, quia haec seruitus non solum in solo exercebatur, sed & ratione usus discontinua erat, siquidem dominans interdum cessare necesse habebat, quæ duæ tamen res rusticam faciunt seruitutem; magis placuit, aquaeductum esse rusticam seruitutem. Posteaquam vero inualuit, ut aqua amenitatis causa in praedia urbana duceretur *l. 1. ff. 11. d. aq. cottid. & æstiu.* opus manu factum, & perpetuum adhibitum est; quo facto dubiam induit haec seruitus naturam, & quæ proprius accedit ad urbanae seruitutis definitionem.

De seruitutibus rusticis, & cur in iis non denentur seruitutes negativæ.

§. VI.

*Lex Scri-
bonia.*

Hoc ius vsquo ad TIBERII tempora, sub quo consul fuit L. SCRIBONIVS LIBO, viguisse videtur. Hic enim libertatem in seruitutis conditionem adoptatam a ICRIS, remouit rursus, & lata *lege* SCRIBONIA vetus discrimen reduxit inter seruitutem & libertatem a seruitute; ita vt libertatem simpliciter vsucapere permetteret, ea vsucapione, quae seruitutem constituiebat, penitus abrogata. Ita rem refert Paulus in *l. 4. §. 29. D. d. usurp. & vsuc.*

§. VII.

*Ratio legis Scribo-
niae.*

Quae ratio mouerit auctorem legis Scriboniae, latet adhuc eruditos. Abscondidit eam simul historiae defectus, & auctorum impedit silentium, quo minus ea tuto definiri queat. De tempore & auctore huius legis dudum se probauit coniectura RAEVARDI *ad legem Scriboniam cap. 1.* fuisse eum L. Scribonium Libonem, qui sub Tiberio cum Sisenna Statilio Tauro consulatum gessit. Fuit hic patricius adolescens turbidi ingenii, quemadmodum ex Dione obseruauit RAEVARDVS *ad L. Scribon. cap. 1.* & curatius de eo differit TACIT. *Ann. II. 27. 28. 29. 30. 31. 32.* qui tandem perfidia Firmii Cati, quasi res novas moliretur, delatus, sibi ipsi ante condemnationem mortem consciuit. Viuebat eo tempore, quo celeberrimae patriciorum gentes, quae

— — — *stantes in curribus Aemilianos*
Et Curios iam dimidios, nasumque minorem
Coruini, & Galbam auriculis nasoque carentem

in atriis suis ostentabant, & adulatione erga principem adeo inebriatae erant, vt nihil respicientes ad priscam auorum virtutem, leges sanctosque mores ad principis libidinem inflecterent. In horum incommodum tulit forsan LIBO legem Scriboniam, qua, acquisitione seruitutis per vsum inhibita, e contrario firmavit libertatis tempore in legibus statuto capionem. Potentiores enim, quorum dominibus, in vrbium modum exaedificatis, adiacebant plerumque pauperiorum aediculae (quas alio quoque nomine insulas vocare solebant: GRAEV. in praefat. T. IV. thesaur. antiquit.) facilius poterant vsucapere seruitutem, ne altius tollatur, & luminibus eorum officiat. Hoc prohibebat LIBO, & libertati fauebat, quam temporis vsu recuperare permittebat. An ad solas seruitutes urbanas pertinuerit, lex Scribonia, quaesitum fuit inter interpretes. CUIACIVS ita censuit, quoniam in lege Scribonia mentio fiat libertatis naturalis, cuius tamen vsucapio in folis vrbanis seruitutibus locum habeat. Sed huius sententiae rationes inuestigarunt iam alii vid. V. C. CONRADI in notis ad RAEVARD. *L. Scribon. cap. 6.* Hoc vnicum addere liceat, supra a me dictis consequens esse,

occa-

occasionem legis ferendae praebuisse servitutes urbanas; quamvis, quo minus illa, quod ad servitutis per usum constitutionem attinet, pariter in rusticis obtinuerit, nihil impedire videatur.

§. VIII.

Post legem Scriboniam, vario colore, minuendarum litium gratia, rediit *servitutum usufructus*. Eum in finem a *Prætor* actionem propositam esse, omnes, quos ego quidem novi, interpretes, extra omnem dubitationem positum esse existimant. Datur haec actio illi, qui forte tot annos nec vi, nec clam, nec precario usus est servitute aquae ducendae, teste *VLPIANO l. 10. D. si serv. vind.* In verbis quidem huius legis diserte non proditus est *prætor* huius actionis auctor; sed ita interpretibus visum est. Cum enim haec lex sit ἀποσπασματικὴ ex *VLPIANI lib. 53.* ad edictum, in quo ille interpretatus est titulum edicti *de aqua & aquae pluviae arcendae actione*; hinc non levis videbatur coniectura, id, quod praetorem de aqua edixisse, titulus prae se fert, esse hanc ipsam actionem. Accedit, quod & *VLPIANVS in l. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluv. arcend.* temere meminisse usufructus servitutem censeretur, ni forsan *d. l. 10. si serv. vind.* cohaeserit, cum antea citata *l. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluv.* Magis quoque est, quod *VLPIANVS in l. 1. §. ult. d. S. P. R.* concise quidem, sed satis probabiliter servitutis usufructum commemorasse videatur, scribens: traditio plane & patientia inducit officium *prætoris*. Eadem fere sunt, quae habentur in *l. 11. §. 1. d. public. in rem act.* Vnde vix dubites, *prætoris* officio deberi reductam servitutis usufructum.

§. IX.

Enimuero, quo minus placeat haec opinio, varia in contrarium movent argumenta haud improbabilia. Non enim *ICtios*, primos auctores & perpetuos servitutum efformatores, hoc negotium tam facile deseruisse credendum est. Nec aliud persuadent verba *VLPIANI in l. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluv. arc.* aientis: sane & in caeteris servitutibus idem sequimur &c. scilicet, quod hic de aquae pluviae arcendae actione a nobis i. e. *ICtis* traditum est, idem sequimur in caeteris servitutibus. Nec nos movent leges ab aduersariis allegatae. Videndum nim primo, num in iis, in quibus patientiam servitutum *prætoris* officium subsequi dicitur paulo strictius intelligatur istud *prætoris* officium, quod in actionibus *petitoriis* concedendis occupatur. Patientia, si vel maxime eam a traditione seiuixeris, exemplo *l. 11. d. public. in rem act. & l. 1. §. ult. d. S. P. R.* efficit etiam ius possessionis, ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt, quod ait *Iavolenus in l. ult. d. servit.* & in his pari ratione *prætoris munus* accipi potest, ita,

ita, ut minus recte inde coniciatur, a praetore introductam esse actionem de servitute usufructu. Nec felicius ad partes vocatur *VLPIANVS* in *l. ii. §. i. d. publ. act.* differens ibi de actione Publiciana, quae competit de re nondum usufructu. Ea vero actio, de qua nobis sermo est, plane est alia, quippe quae nascitur demum ex adimpleta usufructu. De hac nimirum, num proficiscatur a praetore, quaeritur: non vero de Publiciana, de qua merito dubitare non licet. Neque *VLPIANVS* aliquem confundat, qui *l. 10. si seru. vind.* actionem de servitute usufructu explicauit; quamuis enim haec particula ex *Vlpiani lib. 53.* ad edictum praetoris *de aqua & aqua pluuiarum arcenda* decerpta sit; non tamen ausim affirmare, praetorem de aqua per usum acquirenda ibi edixisse. Id enim, quod praetor de aqua in isto titulo proposuit, refert *l. 4. C. de seruit.* Aquam scilicet, in alieno loco ortam, sine voluntate eius, ad quem aquae istius usus pertinet, duci non posse. Nihil exstat de servitutis usufructu. In huius rei interpretatione totus est *VLPIANVS* in *l. 8. 10. eod.* & *PAVLVS* in *l. 9. eod.* Cur vero *Vlpianus* in *l. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluuiarum arc.* (cum qua lege procul dubio connexa fuit *l. 10. si seru. vind.*) memoret servitutem usufructu, huius rei ratio paulo curiosius erit inquirenda.

§. X.

Cur Vlpianus in titulo servitutem, quam in actione aquae pluviae arcendae fingebant Icti, cum edicti de usufructu servitutum manifestum est. Actio aquae pluviae arcendae competebat, quoties aqua pluvia opere manu facto a vicino ita dirigebatur, ut damnum inde metuendum esset l. 1. §. i. h. t. Ergo cessabat, si aqua pluvia quasi a natura in alterius agrum deriuabatur, puta si inferior esset; hanc actionem simul tractauerit enim a natura servitutem videri impositam, ut agro superiori inferior seruiret. Haec servitus ex qualitate praedii naturali descendens vocabatur quasi servitus l. 1. §. ult. h. t. (quam quasi servitutem significare servitutem per usum acquisitam minus recte censere videtur V. C. CONRADI in notis ad Ræuard. leg. Scribon. cap. 5. (i). Hoc VLPIANVS ita quoque in cæteris, iisque veris, servitutibus obtinere dicit, si lex praedio non sit dicta, quemadmodum antea hoc de agro asserit, ut, ubi lex non inueniatur, aggerum modum in agris muniendorum definiens, vetustas vicem legis teneat. Non immerito Vlpiano haec ratio opportuna videbatur, ut simul hoc loco tractatum de servitutibus per usum acquirendis susciperet, quia & hae interdum a vetustate imponuntur. Animaduersum fuit a viris doctis, Tribonianum subinde suae promissionis oblitum edicti perpetui seriem nonnunquam deseruisse; sed non adeo graui laborat culpa bonus vir, quam commisisse non minus grauius, quam verisimiliter incusatur; siquidem

dem non raro VLP I A N I prauæ consuetudini ipsi parendum fuit, qui arrepto leui colore ab iis materiis, quæ in quoque titulo propositæ fuerunt, ad alios iuris tractatus digrediebatur, quamuis etiam in corrigenda hac VLP I A N I non desat occupatur, peioris sæpe erroris culpa succubuerit. En exemplum.

§. XI.

Præto rem de magistratibus municipalibus egisse sub initium edicti, inde certum est, quia HERMOGENIANVS, qui in *L. 2. D. d. stat. hom. edicti* perpetui feriem se secuturum professus est, tractauit hunc iuris articulum in *L. 1. epitomarum*. Id cognoscitur ex rubro *L. 16. 23. 25. D. ad municip. VLP I A N I* quoque in prima commentarii sui parte eos non plane omisisse, docet inscriptio *L. 26. 30. D. ad municip.* edictum contra *de damno infecto* interpretatus est VLP I A N V S in *lib. 53.* si ex rubro *L. 7. 9. 13. 15. d. damn. inf.* iudicamus. Nihilò tamen secius TRIBONIANVS particulam ex *lib. 1. VLP I A N I*, ubi de magistratibus municipalibus actum fuerat, contulit in titulum digestorum, ubi edictum de damno infecto interpretatur. Nec ideo a) inique fecisse TRIBONIANVM putandum est. Quamuis enim in *d. L. 4. d. damn. inf.* aliquoties mentio fiat magistratuum municipalium, VLP I A N V S tamen eorum non meminit, quasi de iis acturus. Ex tota enim disputatione *L. 4.* apparet, VLP I A N V S

Exemplum
digressionis
ab VLP I A N I
non importu-
ne factæ.

a) Alio tamen loco hæc correctio male cecidit TRIBONIANO. Scilicet, si quæris edictum prætoris de iis, qui cautioni in iudicio sistendi causa factæ non obtemperauerunt, hoc minus in opportuno loco positum deprehendetur. Quia enim ex hoc edicto nonnunquam in bona contumacium ibatur, inferuit illud TRIBONIANVS generali titulo, quem in conceptione digestorum siue effinxit, quasi is etiam antea in edicto perpetuo extitisset, siue non intellexit titulum; qui tractauit potius id, quod vltimum est in iudicio non per contumaciam abrupto, sed per ordinarias iuris ambages tractato & finito, executionem scilicet: demonstrat hoc *L. 2. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Ex ipsis edicti verbis extantibus in dicta *L. 2.* apparet, illud magis conuenire titulo: *si quis cautionibus &c.* Nec repugnat VLP I A N I liber, ex quo hæc lex a TRIBONIANO decerpta est, liber scilicet quintus ad edictum. Hoc enim libro comprehendisse VLP I A N V M materiam cautionum in iudicio factarum satis forte euincetur ex titulo *L. 2. qui satisd. cog.* Sed ita tractauit eam, quemadmodum iam in simili specie notauimus, vt breuiter & quasi aliud agens transcurreret, si diuinare licet ex reliquiis *L. 2. quib. ex caus. in poss. eat.* Eo fusius tamen eam prosecutus est in libro, in quo de exceptionibus ipsi agendum fuit, si conferatur *L. 2. 4. si quis caut.* eandem cum *L. 2. d. except.* in VLP I A N I commentario sedem agnoscentes. Facile hoc argumento moueri potuit VLP I A N V S, quoniam illi, qui iusta ex causa vadimonium deseruit, puta ob transactum negotium vel impedimentum a tempestate & valetudine factum, prætor exceptionem daret. *L. 2. pr. §. 3. si quis caut.* hinc non incommodum fore credidit, de ea re eo loco agere, ubi de exceptionibus agendum.

PIANVM ibi data opera de damno infecto tractauisse, & in transitu tantum iniecisse magistratum municipalium mentionem, quamuis de his illo libro, suadente ordine edicti perpetui, agendum esset ex instituto. Eam forte VLPIANVS rationem sufficere credidit, quam recenset in *L. 1. d. damn. inf.* Nimirum quia prætor officium suum de damno infecto ob celeritatem in ea re necessariam magistratibus municipalibus demandare solet; hinc sibi quoque licere credidit, eo loco, quo de magistratibus municipalibus tradebat, quædam de damno infecto commentari.

§. XII.

Ergo hæc actio de seruitutum vsucapione non ex edicto prætoris sed Ictorum ingenio descendit.

Ex dictis apparet, VLPIANVM, ubi in rem quamlibet, per occasionem edicti, quod tractat, incidit, liberius vagari: nec tenaciter inhærere instituto; sed faciliorem esse in connectendis argumentis. Idem credo ipsi accidit in *L. 1. ff. ult. d. aq. & aq. plu. arc.* quam tractamus. Certe verba illa: *in cæteris seruitutibus idem sequimur &c.* manifeste arguunt, ipsum digredi a priori instituto. Cum itaque tractaret de quasi seruitute in actione aquæ pluviæ arcendæ obueniente, & eam tempore & vetustate acquiri animaduverteret, peropportunum ipsi videbatur, eodem loco verarum seruitutum vsucapionem proponere. Itaque falluntur, qui exinde, quod actio de seruitutum vsucapione in VLPIANI libris ad edictum continetur, arguunt, eam ex prætoris edicto originem trahere. Magis est, ut credas hanc ab VLPIANO per occasionem loco non congruo tractatam esse. Vfus enim est VLPIANVS in commentariis suis arbitrario ordine, & cæptam tractationem, velut antea vidimus, alienis, ad eum locum non pertinentibus, materiis interpungere solitus est. Videntur potius Icti, qui iura seruitutum ex suo ipsorum ingenio formabant, hac etiam parte, in reducenda seruitutum vsucapione, officium suum absoluisse.

§. XIII.

De iure altius tollendi post legem Scriboniam.

Itaque postquam Ictis gloriæ reductæ vsucapionis vindicauimus, restat ut videamus, qua ratione, post legem SCRIBONIAM desuetudine abolitam, *ius altius tollendi* accipiendum. Scilicet euenire poterat, ut quis per publicam legem tectum altius tollendi licentiam haberet, sed prohiberetur a vicino, qui longa consuetudine ius, ne altius tollatur, quæsierat. In hac specie præcipue versabatur priuatum emolumentum, cui vicinus sicut in cæteris rebus renunciare, & consequenter alter etiam consensu vicini expresso *ius altius tollendi* acquirere poterat, neque publicis edictis eo nomine officere necesse habebat. Ea erat *seruitus altius tollendi*. Non enim cum iis faciendum, qui ius altius tollendi esse statuunt, si altitudinem lege publica introductam propter consensum vicini ædificando superare liceat. Scilicet obliui sunt, quod docuit eos PAPINIANVS in *L. 38. d. pact.* ius publicum stipulationibus priuatorum immutari

tari non posse. Imo, quamuis forte huic dubio ita occurrant, edicta principum de ædium altitudine externo intuitu publica fuisse, internam vero eorum intentionem in priuatorum vtilitate demum desisse; hoc tamen nullo respectu verum esse arbitror, nisi forte eo, quo illæ etiam leges, quibus per priuatorum stipulationes contraueniri posse negatur, ad singulorum rem pertinere existimandæ sunt. Omnes, qui citantur rei Romanæ auctores, & de ædium altitudine per principes coercita prodiderunt, addunt, hoc ideo factum esse, vt ruinarum facilitati & frequentiæ occurratur. (De qua varia prostant antiquitatis testimonia vid. *Iuuenal. satyr.* III. v. 7. 8.). Ita de Augusto testatur STRABO Geogr. V. & de Traiano AVRELIVS VICTOR. Sed, ne vrbs ruinis deformetur, publice interest *L. 2. §. 14. ne quid in loc. publ.* Eiusmodi autem species iuris altius tollendi, quemadmodum id paullo ante declarauimus, ne quis nimirum statum ædificiorum antiquum & consuetudinem in ædificando seruata, transgrediatur comprehenditur in *L. 1. C. d. seruit.* „Si quas actiones aduersus eum, qui ædificium *contra veterem formam* extruxit, vt luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exerce- re non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem seruitutis obtinere sciet.,, Manifestum est *veterem formam* in hac lege vocari consuetudinem, quemadmodum ius aquæ ducendæ per consuetudinem ordinatum dicitur *forma & mos solennis* aquæ in *L. 7. C. d. seruit.* Eodem sensu *veterem formam* intellexit TACITVS ann. XV. 43. formam scilicet ædificiorum, prout stant, more perpetuo continuatam. Nec aliter VLPIANVM explicandum esse obseruabis in *L. 11. d. S. P. V.* Infeliciter ergo RAEVARDVS *Coniectam* III. 12. in *L. 1. C. d. seruit.* quærit formam lege publica introductam. Hæc enim sententia non congruit verbis: is, qui iudex eris *longi temporis consuetudinem* vicem seruitutis obtinere sciet. Velut ipse alibi ad leg. Scribon. cap. 5. hæc verba de seruitutum vsucapione capienda esse recte arbitratur. Ab iisdem Impp. SEVERO & ANTONINO auctoribus *L. 1. C. d. seruit.* hæc *forma* vocatur *modus* in ædificando *vsitatus* *L. 1. C. d. ædif. priuat.* Denique hanc formam veterem stabilivit ZENO in *L. 12. C. d. ædif. priuat.* quam constitutionem de seruitutibus egisse expresse testatur IVSTINIANVS in *L. 13. C. eod.*

§. XIV.

Hæc de iure altius tollendi. In reliquis seruitutibus vrbanis nihil superest dubii, excepta seruitute STILLICIDII, in cuius explicatione adhuc serupulus tenet; extat enim probabilis, vt videtur, quorundam opinio, qui sibi præ reliquis hoc nomine sapuisse videntur. Præcipuus eorum est THOMASIVS in dissert. *d. seruit. stillicid.* §. 40. Videbant scilicet, contra eorum sententiam, qui ciuitatis statutum prius ponunt, non sine ratione moueri posse,

quod huiusmodi forma stillicidiorum per legem publicam stabilita in Romanis scriptoribus omnino non extaret. Mutabant igitur personam seruientis atque dominantis, in seruitute stillicidii non recipiendi, quasi scilicet is, qui stillicidium non recipit, seruiret, contra vero, is, qui recipit, haberet ius dominantis. Hoc non inutiliter fieri existimant quibusdam in locis, ubi aquæ penuria, ita ut dominans stillicidium, quod ordinarie in vicini ædes profluit, iure excipere atque proprio vsui adhibere posset. Sed hæc sententia contra iuris rationes videtur excogitata. Dedit forsitan ita cogitandi materiam formula, qua appellatur seruitus *stillicidium auertendi: vel non* in *L. 2. d. S. P. V.* quasi in seruitute stillicidii non auertendi is, qui non auertit, dominari, & ex eo, quod non auertat, vsui proprio consulere intendat. Non credidissent hoc Viri Doctissimi, si perpendissent, in iure seruitutem, in qua alterutrius tantum, dominantis scilicet vel seruientis officium memoratur, intelligi nihilo minus ius tam a parte dominantis, quam seruientis. Patet illud exemplo seruitutis, ne altius tollatur. Quamuis enim solum hic officium seruientis exprimatur, utique hæc dici potest seruitus, non, quod is, qui altius non tollit, habet ius dominantis, sed quia debet hoc vicino dominantis. Contra vero Ictis Romanis quoque solenne fuit, solum referre ius dominantis, ut inde iudicaretur de officio seruientis, puta seruitus altius tollendi, non quasi is, qui altius tollit, seruitutem deberet. Ex his ergo formulis plane non est seruitutis cuiusque natura definienda. In seruitute stillicidii *auertendi vel non auertendi* potius eadem, quæ in cæteris urbanis seruitutibus, ratione procedendum, quippe quæ inter illas referri solita, communi cum iis explicatione frui debet, ita ut in seruitute stillicidii auertendi referatur ius dominantis, cui licet auertere in aream vicini. In seruitute vero stillicidii non auertendi recensatur officium seruientis dominans vero intelligatur is, qui habet libertatem a seruitute stillicidii auertendi: & non obstat, quod ius stillicidii auertendi dicatur quoque seruitus stillicidii auertendi.

§. XV.

PAVLVS
in *L. 2. pr. d. L. 2. pr. d. aq. & aq. plu. arc.* omnem locorum inferiorum seruitutem su-
aq. & aq. plu. arc. ex- perstruit, quorum explicatio ideo huc pertinere videtur, quoniam Icti eadem
plicatus. in veris seruitutibus secuti sunt, inprimis quod ad vetustatem attinet, quæ in

omnibus seruitutibus vicem legis tenere dicitur. Hæc autem tria, per quæ locus inferior superiori seruit, sunt *lex, natura loci, & vetustas*. Videndum ergo, quid veteres per singula hæc significasse putandi sint. Primo, quid illis fuerit *natura*, considerandum. Hanc ii, quorum mens in pernoscendis rerum causis supra vulgus eminere volebat, pro Deo, & Deum in illa colebant. *SENECA de benefic. IV. 7.* „Natura, inquis, hæc mihi præstat: non intelligis, te, cum hoc dicis, mutare nomen Deo? Quid enim aliud est natu-

„ra, quam Deus, & diuina ratio toti mundo & partibus eius inserta?,, Hæc natura cuilibet rei formam manentem indidisse dicitur & sub nomine *IANI* Diis annumerabatur teste *OVIDIO fastor. I.*

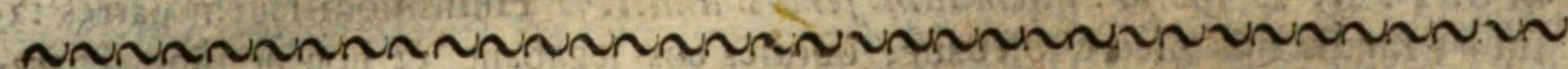
*Tunc ego, qui fueram globus, & sine imagine moles,
In faciem redii membraque digna Deo.*

Per eam ergo agri dispositi, montes erecti, & valles subsidere iussæ sunt. *VARRO* ipse, cuius inter veteres excellentissimum erat iudicii acumen, a diuina natura agros datos & dispositos esse censet de *re rustica III. 1.* Hinc merito pro lege custodiebatur natura, & cui ab ea seruitus imposita erat, iure imposita intelligebatur; ita vt ager inferior superiori seruiret *L. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluui. arc.* Consequenter cessabat actio aquæ pluuiæ arcendæ, siquis opus tollat, vt aqua naturali more vehementius fluere *L. 1. §. 22. eod.* contra vero, cum quis manu faceret, quo aqua aliter fluere, quam natura solet, compete-
bat actio aquæ pluuiæ arcendæ *L. 1. §. 1. eod.* Hæc de natura, de lege paulo aliter tenendum. *Legem* hoc loco sic accipe vt notet *seruitutem* ab eo, cui ius est, expresse fundo cuidam impositam *L. 6. pr. comm. præd. L. 29. pr. d. S. P. R. L. 19. pr. quemadm. seruit. amitt.* Huiusmodi legem patres familias fundis suis dicere solebant, quoties eos legabant, & hoc nomine separatur seruitus vltima voluntate imposita ab ea, quæ per pactiones & stipulationes conceditur *§. 4. I. d. seruit. præd.* Homo enim, cui tanquam naturæ parti diuina ratio præ reliquis animalibus insignius inserta erat, liquidem ex diuino semine procreatus fertur a *Nasone*, Deorum vicem in terris tenebat, ad quorum effigiem fictus esse credebatur. Hinc eius voluntas merito vim legis habebat, quoties res suas procurabat, & fuit inde iuris regula: quod quilibet possit rei suæ *legem* dicere.

§. XVI.

Hoc modo tuebantur *ICTI* etiam seruitutes quasdam, quæ non vtriusque *De veteri statu.* consensu, neque etiam temporis usu constituebantur. Sic in agris ager inferior superioris flumina naturaliter eo defluentia excipere tenebatur. Sic etiam fieri potest in superficie, vt quis in colle ædificans lumina eius, cuius inferior habitatio est, obscurare possit, dummodo *veterem formam* non excedat: nec eo nomino naturalem seruitutem defendere, absurdum erit. Hæ erant seruitutes a natura impositæ. Cum autem non diuina natura, sed ars humana ædificauerit vrbes, docente *VARRONE de R. Rust. III. 1.* hinc in his seruitutibus, in quibus venit opus humana factum manu, aliam sequebantur rationem, *vetustatem* scilicet; proficiscebatur hæc equidem pariter ab hominis voluntate, sed cuius memoria non extabat, ita, vt vbi seruitus non imposita est, qui diu vsus est seruitute, velut iure adquisitam habere seruitutem videatur *L. 1. §. ult. d. aq. & aq. pluui. arc.* Operis autem, per quod exercetur seruitus, duratio

ratio memoriam excedere debet. Ita enim vetustatem intelligit PAVLVS in *L. 2. §. 5. d. aq. & aq. pluui. arc.* Hæc vetustas succedebat in locum naturæ, siquidem a VARO naturæ æquiparatur, teste PAVLO, in *d. L. 2. §. 5. eod.* quod enim per homines factum est, per ipsam quodammodo naturam factum videbatur. Sic IANVS ille cuius nomine veteres naturam venerabantur, præerat quoque temporibus, ex quorum accumulatione nascitur vetustas, & pro omnium operum humanorum auctore & principio reputatur ab HORATIO *satyr. v. III. 4. 20.* Erant nonnunquam hi termini a vetustate positi in ambiguo, & tum ad eos discernendos solebant arbitri adhiberi *L. 11. §. 1. d. S. P. V.* Quemadmodum in iudicio finium regundorum officium iudicis postulat, ut mensores mittat *L. 8. §. 1. fin. regund.* quos titulo arbitrorum insigniri in *L. 7. eod.* non incommodum dictu erit. Parem ob rationem adhibiti videntur mensores ædificiorum a iudice, qui de iure altius tollendi cognoscebat; qui si dolo malo falsum modum renunciauerint, tenebantur actione in factum a prætore proposita *L. 5. §. 2. si mens. fals. mod.* Meminerunt eorum, ni fallor, antiqua marmora apud GRVTERVM p. DCXXIII. 7. 8. DCXXIV. 2.



XV.

D I S S E R T A T I O

DE OMNI CVLPA
IN NEGOTIORVM GESTORVM
IUDICIO PRAESTANDA.

VITEMBERGAE, PRID. KAL. APRIL. MDCCXXXIII.

§. I.

Ius amicitiae in republica Romana.

Si qua re meriti sunt Romani, ut legibus ipsorum, atque institutis, terrarum orbis prope vniuersus, & victores etiam, obtemperarent; hac certe virtute ceterarum gentium laudem superauerunt, quod tantum amicitiae, & mutuis officiorum studiis, inter ciues exerceendis, tribuerunt.

Enimuero, cum LAELIVS apud CICERONEM ^{a)} nihil tam naturæ aptum, tamque conueniens, ad res vel secundas, vel aduersas esse, comprobet, quam beneuolentiae coniunctionem: quam si quis ex natura rerum exemerit, ^{b)} nec

^{a)} c. c. de amicit. op. tom. IV. p. m. 562.

^{b)} c. c. ibid. p. 563. 564.

nec domus vlla, nec vrbs perstare, ne agri quidem cultus permanere posse videatur; certe ponenda est in exemplis respublica quæ, quod alii tantum commendauerunt suis ciuibus, & vix sperari posse censuerunt, ipsa etiam sanxit, & firmavit ciuilibus præceptis. Quod vt efficeretur, non solum inter omnes omnino homines *cognitionem* quandam esse constitutam docuerunt, adeoque nefas esse, hominem homini insidiari *L. 3. D. de iust. & iur.* sed etiam, vt arctius inter se constringerentur, scireturque, quos in danda opera, faciendoque officio, aliis anteferre conueniret, fecerunt quosdam inter ciues necessitudinis gradus, & ordines officiorum.

Primo, cum nihil natura homini studiosius, quam suos cuique liberos, commendauerit; constituerunt, quos in fidem & tutelam quis susceperit, *pupillos liberorum* loco esse: *c)* eodem iure iungi cum patriciis plebeios: ex patribus suum cuique *patronum*, plebeios his *clientes*, & necessarios, esse voluerunt: vt non solum infirmi potentiores, prout patrum sanctitas postulat, colerent, atque, quod M. CATO *d)* in oratione aduersus Lentulum apud Censores ait, patrem primo loco, patronum proximo haberent; sed neque clientes a patronis sine summa infamia deseriri possent, carioresque propinquis, contra *e)* ipsos cognatos etiam a patribus defenderentur. Deinde, vt omnes ordines implicati inter se consuetudine, & beneuolentia connexi teneantur: alios inter se *fratrum* locum obtinere placuit, vt socios: *L. 63. D. pro socio*, alios, quorum fides singularis electa, vt, quibus mandata negotia, aut apud quos res deposita fuisset, *amicorum* cognatorumque fidem implere: & si quis suo nomine in his iudiciis, maxime directis, damnatus esset, illum infamia notari, præceperunt, *L. 1. D. de his, qui not. inf.* alios denique omnes, inter quos iuris gentium, & bonæ fidei negotia contraherentur, *bonos* esse voluerunt, & vicissitudinem horum studiorum, solemnî formula, *vti inter bonos bene agier oportet*, definiuerunt; plerosque, quantum in tot, tamque diuersis, ingeniis fieri potuit, *necessitudine* quadam, & caritatis communi vinculo, continuerunt.

§. II.

Cum sint gradus quidam amicitiae, & ex infinita societate generis humani, quam conciliauit ipsa natura, quod CICERO adfirmat, *f)* ita contracta res *Exemplum perfectissima* est, & redacta in angustum, vt maxima caritas tantum inter duos, aut certe in *amicitia in* ter paucos, iungeretur; in ceteris fere causis agnouit prætor, dandum aliquid *negotiis gestis.* fragilitati hominum, & eo rem perducî non posse, vt remota omni inuidia, & simultatibus sublatis, perpetuo inter omnes conueniret: in eo autem, qui *negotia* ignorantis *gesserit*, existare imaginem & exemplum voluit *perfectissimi amici,*

c) GELL. N. Att. I. V. c. 13.

d) apud GELL. N. A. I. V. c. 13.

e) CAE.

SAR pro Bithynis ap. GELL. I. c. cont. GELL. I. XX. c. I. f) CICERO de amicis. p. m. 563.

amici, illudque iudicium constare regulis omnibus benevolentiae, & nobilissimae coniunctionis. Enimvero, totum illud de gestis negotiis edictum *amicitiae* causa comparatum esse, docet *VLPIANVS l. 1. D. de neg. gest.* quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem, patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant. Quarum rerum procuratio cum sperari omnino, nisi ab illis, qui amore, & familiaritate nobis coniuncti sunt, non possit; hunc demum *PAVLVS* proprie gessisse absentis negotia sensuit, qui quasi *amici*, non quasi domini, negotia administravit *l. 36. D. de neg. gest.* ut secundum *PAPINIANVM l. 31. §. 2. D. eod. t.* is demum, qui ut amicus absentem defenderit, negotiorum gestorum teneatur; & contra illum inprimis, teste *IULIANO* atque *VLPIANO l. 6. §. 1. & 6. l. 44. D. h. t. cuius amicitia*, & contemplatione negotium gestum est, actio contraria negotiorum danda esse, denique tota haec causa affinis pietati habenda videatur. *l. 27. §. 1. D. h. t. l. 34. eod.*

Voluerunt igitur veteres prudentes ab *amicissimo* & coniunctissimo homine negotia administrari; cuius officia, cum antea cuiusque pudori relicta fuisse videantur, comprehendit praetor *l. 3. pr. D. h. t.* elegantissimo edicto: *si quis negotia alterius, siue quis negotia, quae cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, eo nomine iudicium dabo.* Nihil cogitari potest, quo magis praecipua vis amicitiae, & nervi omnes necessitudinis contineantur. Enimvero, cum *amicitia*, secundum *TULLIVM* ^{g)} sit omnium diuinarum humanarumque rerum cum benevolentia, & caritate summa, consensio; quid magis est conueniens amico, quam negotia alterius suscipere, pro amico, tanquam pro se ipso excubare, eius utilitates, tanquam suas, procurare? Quandoquidem, quod *PERIPHANES* ait, apud *PLAVTVM* ^{b)}

Nihil homini amico est opportuno amicis,

Sine tuo labore, quod velis, actum est, tamen,

Ac si allegasses aliquem ad hoc negotium.

Contra dignum hominis inficeti & morosi apud *TERENTIVM* ⁱ⁾ personae:

quando ego tuum non curo, ne cura meum.

Cui recte *MITIO* illo loco respondet:

Non aequum dicis: non nam vetus verbum hoc quidem est:

Communia esse amicorum inter se omnia.

Habes igitur primum in loco, qui negotia gessit, argumentum amicitiae, quod negotia *ALTERIVS* suscepit: sed hoc maius est, quod etiam *absentis*, atque ignorantis *l. 11. pr. D. de neg. gest.* etiam furiosi & pupilli *l. 3. §. 5. & 4. D. h. t. l. 2. C. eod.* cum contra, si praesentis negotia gesserit, man-

^{g)} *cic. de amic. p. 563.*

adelp. V, 3. v. 15 seq.

^{b)} *PLAVT. epidic. act. III. Sc. 3. v. 44.*

ⁱ⁾ *TER.*

mandati teneatur, l. 22. §. 10. l. 20. §. 1. D. mand. Hoc frustra, nisi ab optimo amico & studiosissimo humanitatis, expectabis: quando quidem illud interesse inter certos amicos, incertosque, Isocrates ^{k)} putavit, quod οἱ μὲν τὰς φίλους παρόντας μόνον τιμῶσιν· οἱ δὲ καὶ μακρὰν ἀπόντας ἀγαπῶσι. Qua propter & Tarquinius, teste TULLIO ^{l)} se demum, cum exul esset, quos fidos habuerit amicos, quosque infidos, intellexisse, dixit; cum praeter maximas & plurimas commoditates, quas amicitia continet, id illa praestet omnibus, quod bona spes praeluceat in posterum: nec debilitari animos, aut cadere patiatur: sed, quod Laelius ait, ^{m)} amicum qui intuetur, tanquam exempla aliquod intueatur sui; quocirca & absentes adsint, & egentes abundant, & valeant subinde imbecilles.

Videri poterat satis amici fidem impleuisse, qui & negotia ALTERIVS suscepserat, & absentis, apud quem volebat gratiam inire, a quo sperabat gratiam relatum iri. Non tamen hic subsistit praetor, dum amici officia definit: sed patitur etiam amicum, quæ cuiusque, tum moritur, fuerint, negotia administrare l. 3. pr. D. h. t. quod summae est, & rarissimae virtutis. Secundum TULLIVM enim ⁿ⁾ per amicum non modo adsumus absentes, valemus imbecilles, sed etiam, quod ipsi difficilius dictu videtur, mortui vivimus.

Igitur praetor non probat illam vulgi amicitiam, qui, ut PLINIUS aliquando conqueritur ^{o)} non nisi viuentes reueretur; si quidem, quod ille alibi ait, ^{p)} tam rara in amicitiiis fides, tam parata obliuio mortuorum, ut ipsi fere nobis conditoria exstruere, & omnia heredum officia praesumere cogamur. Quod cum improbum, & iniquum videatur; laudat praetor illum, qui & mortui negotia gesserit l. 3. §. 6. D. de neg. gest. Ut, momente ULPIANO l. 12 §. 2. eod. heres, qui postea succedat, teneatur, si eadem diligentia, & utilitate, qua viuentis, etiam mortui negotia ab amico fuerint administrata.

Iubet praeterea PAVLVS, ut amicus absoluat beneficium suum, & si coeperit cuiusdam negotia gerere, mortuo eo ne intermittat, vetera explicet, & conseruet l. 21. §. 2. D. h. t. quia, praecipiente ISOCRATE ^{q)} ut patrimonii, ita amicorum debet hereditas ad liberos transmitti. Sed quia videbant veteres, saepe deficere a parentibus heredes, & in partem contrariam abire: cum & TIBERIVS ^{r)} matre mortua, omnes familiaritates & amicitias intra breue tempus affligerit; satis habuerunt, amicum coepta perfecisse: ut noua inchoaret, nisi heredis ingenio probato, inuitum cogi non debe-

k) ISOCRAT. ad dem. c. 1.

l) de amic. p. 569.

m) LAEL. ap. CIC. d.

amic. p. 564.

n) CIC. l. c.

o) PLIN. VI. ep. 6.

p) PLIN. VI.

ep. 10.

q) ISOCR. ad dem. c. 1.

r) SVET. in Tib. c. 51 f.

debere l. 21. ff. 2. *D. de neg. gest.* adeoque amicitias iudicio, non casu, eligendas, censuerunt.

At vero praetori nondum satis officiosus est, qui negotia amicorum, eorumque absentium, atque etiam mortuorum, non neglexit. Ne quid ad commendationem pulcherrimi facinoris deesse videatur, omnes partes amicitiae persequitur, etiam *ultro* & sponte, accedere amicum, & negotia administrare, iubet, quod Ulpianus & Papinianus docuerunt l. 3. ff. 10. & l. 31. ff. 2. *D. h. t.* ut a procuratore seiungatur is, qui negotia absentis gessit l. 22. ff. 10. *D. mand.* utque hominis benefici & beneuolentis laudem tueatur, cuius virtutem tribuere gaudium, & tribuendo capere, in id quod facit pro nam, & sponte sua paratam esse, Seneca ³⁾ obseruat. Enimvero, si CICE-
RONEM ⁴⁾ audiamus, amicorum causa honesta facienda sunt, & ne expectandum quidem, *dum rogemur*: sed semper adsit studium, absit cunctatio: & benignitates cum prothymia, quod & PLAVTVS ait ^{u)} sint coniunctae. Recte ANTIPHO ^{x)} apud PLAVTVM, illud in seruili ingenio agnouit:

*Qui manet, ut moneatur semper seruus. homo officium suum,
Nec voluntate id facere meminerit, seruus is habitus haud probus.*

Tantum abest, ut quis cunctationem dignam homine liberali existimet, aut conuenientem officiis amici, in quibus secundum SENECAM, ^{y)} primum est, *antecedere* desiderium amici: proximum, sequi: ne pereat gratia benefici; cum nulla res carius constet, quam quae precibus emta est: ^{z)} nec quisquam libenter debeat, quod non accepit, sed expressit: ^{a)} denique, ut amico verecundo tormentum rogationis remittamus. ^{b)} Quod dum cogitaret PLINIVS *secundus* ^{c)} conquestus est, quod rogaretur ab amico: cum admoneri debuerit, ut sciret, rogari non debuerit, quod sibi, si non *sponte* faceret, turpissimum esse videretur.

Igitur etiam *sponte* amici negotia gerenda sunt. Praeterea, praecipiente TRYPHONINO l. 38. *D. h. t.* gratuita, certe abstinens ab omni lucro fides & beneuolentia praestanda: cum & Senecae ^{d)} danda beneficia, non foeneranda esse, videantur. Quapropter, qui pecunias ex administratione sibi sumsit, & in se transtulit, ut, tutor, aut magistratus municipii, ad vsuras maximas tenetur, ut licentia, qua visus est abuti, vsuris, vice cuiusdam poenae, ex merito subiiciatur.

Haecenus amicus ex praetoris mente, omnia virtutis officia impleuit. Sed forte aliquem moueat, quod expensae contario iudicio subinde repetantur,

3) SEN. de benef. l. I. c. 6. 4) in LAELIO d. am. p. 568. u) PLAVT. in Stich. IV, 2. v. 53. x) PLAVT. Stich. act. I. sc. 2. init. y) SEN. benef. II. c. 1. z) SEN. l. c. a) SEN. l. I. c. I. b) SEN. l. II. r. c) PLIN. ep. IV, 17. d) SEN. benef. B. c. I.

tur, l. 10. pr. D. de neg. gest. quas videbatur homo liberalis, & amicus, rectius de suo erogaturus esse. Quandoquidem

*In mala uxore, atque inimico, si quid sumas, sumtus est;
In bono hospite, & amico, quaestus est, quod sumseris. e)*

Verum nihil hic peccavit praetor: patitur enim, te etiam animo donandi pro absente fideiubere, impensas remittere, & tibi impurare: idque si feceris, collaudat l. 4. l. 10. pr. l. 27. §. 1. l. 34. D. h. t. & subinde pietatis causa, ut id facias, iubet: quod etiam principes imitati sunt l. 1. 11. 12. 13. C. h. t. sed huius tamen liberalitatis necessitatem imponi generatim omnibus noluit; ne cum pauperum damno ditiores patrimonium augeant, neque humanitate & officiis infirmiorum, potentiores abutantur; adeoque, ne quis emungatur beneficiis; sed ut quilibet suo se modulo metiri, & liberalitati suae modum statuere possit: denique ut amici tam quid alterum praestare, quam quid se ipsos accipere deceat, f) cogitent: adeoque non solum amici rebus utantur, ut suis, sed, suadente PLINIO, g) illis etiam discant parcere, ut suis. Quos si cupidius rem gerunt, si grati animi officium negligant, si, quod PLAUTVS aliquando ait,

*benignitates hominum pereant & prothymia,
si ridiculi & nihili fiant amici;*

h) non indignum fuit, proposita actione ad reddendum impendium adigi & a praetore coerceri.

Non minus convenit officio *amici*, quod beneficium eius, qui negotia gessit, praetor non ex euentu, sed ex *animo* imprimis, iussit aestimari. l. 10. §. 1. D. h. t. ut referat, *qua mente* rem tuam procurauerim. l. 44. pr. h. t. Veteres enim beneficium benevolam esse actionem i) docuerunt, illudque non in eo consistere, quod detur, sed ex eo, *qua mente* detur, & quo rector ille animus impulerit, maxime cognosci. Igitur ULPIANVS, non solum, si effectum habuit negotium, quod gessit, sed etiam si utilitas intercepta est, si insulam amicus fulsit, vel aegrum seruum curauit, etiamsi insula exusta est, vel seruus obiit, cesset, dandam esse actionem l. 10. §. 1. D. de neg. gest. Hoc est, quod contrario iudicio is maxime tenetur, cuius contemplatione, & *amicitia*, alter accesserit ad negotium administrandum. l. 6. §. 6. & l. 46. pr. D. h. t. Ex hoc enim cognoscitur animus benefaciendi: & si forte per errorem ego tuum negotium, quasi alienum, & alterius contemplatione, gesserim; mihi est actio non directa, sed utilis duntaxat: cum, quamuis beneficium illud mihi non debeas, quod tibi, sed alii, praestitum volui; tamen, ne in damno verfer, probabilis me error, consilium, certe non fraudulentum, tueatur. l. 45. §. 2. l. 31. §. 1. l. 6.

M 2

§. 8.

e) PLAUT. mil. glor. III, 1. v. 79.

f) PLIN. VII. ep. 14.

g) PLIN. VI, 28.

h) PLAUT. Stich. IV, 2. v. 53.

i) SEN. benef. l. cap. 6.

§. 8. D. h. t. Sed & ipse, quamvis errauero, tibi de mea administratione teneor, quia in alienis negotiis, vt *amicus*, quamvis non vt tuus, debui versari.

Cui obseruationi similis est haec: quod, qui necessitate coactus, aut suspitione aliqua necessitatis, vtpote, seruum se putans meum, aut liberum, cum liber, aut ingenuus esset, res meas gesserit, non quidem directo, sed tamen utili negotiorum gestorum iudicio experiatur: ne cum damno & iniuria eius, qui nihil peccauit, quamvis nec benefaciendi animum habuerit, locupletari videamur *l. 3. §. 10. l. 6. §. 5. l. 19. §. 2. D. h. t.*

Ergo animo ingenuo, & bono, mihi opem tulerit, necesse est, qui videri velit mea negotia gessisse. Contra, qui *prædandi animo*, & sui lucri causa, non mei contemplatione, neque, vt meo commodo studeret, administrauit, quamvis bene rem gesserit, iudicandus est, suum potius, quam meum negotium gessisse: adeoque mihi quidem tenebitur, si res meas perturbauit; sed ipse, si circa res meas aliquid impenderit, in id, quod ei abest, aduersus me actionem non habebit *l. 6. §. 3. D. h. t.* Optima omnino ratione: quia nec tyrannus, docente *SENECA*, ^{k)} illi gratiam debebat, qui tuber ipsi gladio diuiserat, cum venisset ad ipsum occidendum; quamvis rem, quam medicorum manus reformidauerant, nocendo sanauisset. Neque enim, qui *malo animo* profuit, videtur beneficium dedisse. In id tamen, quantum factus sum locupletior, *exceptionem* (ita enim potius legendum, quam *actionem*) aduersus me habebit. *l. 6. §. 3. D. h. t. j. §. 30. l. d. rer. diuis.* ne cum ille improbus sit, ipse etiam appetentior, & parum memor videar humanitatis.

§. III.

*Officium
diligentissi-
mi amici in
delectu ne-
gotiorum ab-
sentis, quæ
quis gerit,
desidera-
tum.*

Igitur agnoscis pulcherrimam hominis officiosi, & beneuolentis, imaginem, edicto praetorio expressam, quo quis negotia alterius absentis, vltro, fide gratuita, animo benefaciendi, gerere iubetur. Sed erit illa species adhuc amabilior, si cogitabis, quo studio, qua circumspectione, vti, amicum iubeat, in rebus alterius, quas suscepit, gerendis. Non vult ipsum praetor, si amicus videri velit, *simpliciter* versari, monente *IULIA-NO l. 3. §. 4. D. h. t.* aut, dum prodesse velit, moleste sedulum esse, rem perdere, atque iniuriam facere amico; sed *utiliter* gerere, & cogitare, quid necessarium, quid profuturum, quid vere iucundum amico sit futurum, *l. 10. §. 1. D. h. t.* Quapropter *HERENNIVS MODESTINVS* fratrem maiorem, qui in saltu communi, habente iam dum habitationes, ampla aedificia, quæ praeuidere poterat fratri minori non probatum iri, aedificauit, & in diuisione, sumtus, quasi re meliore facta, desiderauit, repu-

^{k)} *SENEC. benef. II, 19.*

repulit, responditque: ob sumtus, nulla re urgente, sed voluptatis suae causa factos, fratrem negotiorum gestorum actionem non habere. *l. 27. pr. D. h. t.* In qua re Modestinus cum *SENECA* ^{l)} consentit; qui primo danda esse *necessaria*, censuit, dein *utilia*, denique *iucunda*, utique *mansura*, „& cum diligentissimo delectu: quia possit aliquis fastidiosus esse „aestimator, facile cariturus illo, de quo dicere licet: non desidero: meo contentus sum: non tantum reddere libet, quod acceperim, sed abicere. „ Quapropter nec *superuacua* gerenda: ut puta: si foeminae, aut seni, arma venatoria, rustico libros, litterarum studiis dedito retia emeris: aut si, quod *CELSVS* eleganter refert, *l. 10. §. 1. D. h. t.* insulam fulseris, quam dominus, quasi impar sumtui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putarit. Enimvero non *utiliter* gerit negotia, qui rem non *necessariam*, aut quae *oneratura* est patrem familias, adgreditur, atque ita molestus est amico; cum amicitiae, levandae communis maxime necessitatis causa, sint a natura comparatae.

Eodem pertinet, quod nec conveniat amico, *prohibentis* negotia gerere. *l. 8. §. ult. D. h. t.* aut obtrudere beneficium, atque aliquid in re amici invito domino moliri. Probe illud agnovit *LEBONICVS* apud *PLAUTVM*: *m)*

*Quamvis id non sit sapere, si beneficium a benevolente repudies;
Tamen nullum esse duco id, quod cui facias, unum placet.*

Quare studio singulari & cautione opus est, qua *AESCHINVS* utitur apud *P. TERENTIUM* *n)* inquiens.

*Itaque adeo magnam mihi iniecit sua commoditate curam,
ne forte imprudens faciam, quod nolit; sciens, cauebo:*

Cum ne sufficiat quidem, quod *putauerim*, me *utiliter* facere, quod patrifamilias non expediebat: tunc enim non habebo negotiorum gestorum actionem: quia, ut euentum non spectamus, tamen oportet *utiliter* coeptum esse. *l. 10. §. D. h. t.* Sed non videtur *utiliter* coeptum, quod auersatus fuerit amicus. Cuius voluntas si vel inepta sit, & prohibeat illa, quorum utilitas probari possit, non tamen cogendus est dominus, ut in re sua voluntati amicorum obsequatur. Recte *SYRVS* apud *TERENTIUM* *o)*

*Inepta haec esse, nos quae facimus, sentio:
verum, quid facias? ut homo est, ita morem geras:*

Offerre operam amico, etiam inepto, licet, obtrudere omnino non licebit. Agnovit hoc ille apud *PLAUTVM*, qui hanc suo consilio apud amicos legem dixit: *p)*

M 3

- si

l) *SENEC.* benef. I. c. II.
Adelph. IV, §. v. 76.
epidic. act. II. sc. 2. v. 80.

m) *PLAUT.* Trin. III, 2. v. II.
o) *TERENT.* Adelph. III, 3. v. 76.

n) *TERENT.*
p) *PLAUT.*

— — — *si placebit, vitior*
Consilio, si non placebit, reperitote rectius.
Mihi istic nec scribitur nec meretur;
Impleuisti enim fidem, qui non recusasti officium obire.

Ab hac obseruatione non longe remotum est, quod *proculus* te etiam prohibeat, ne *nouum* negotium, quod *non solitus* sit facere amicus tuus, nomine absentis geras; vtpota: venales nouitios cœmundo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam debebis & casum præstare, &, si quod damnum ex illa re secutum fuerit, te sequetur *L. ii. D. h. t.* Enimuero, quod *Syrus* ille ait: q)

Homine imperito nihil est iniustius,
Qui, nisi quod ipse facit, nihil rectum putat.

Quapropter, si vel iniuste illud auerfetur, debes amici imbecillitati ignoscere, & pati, vt quisque utilitatis suæ modum ex re sua statuatur, suasque res ex suo ingenio omnino moderetur. Sed, vt tu eius morositatem ferre debes; ita & ille bonitatem tuam agnoscere, & si quid imprudenter gestum sit, dummodo damno careat, tibi veniam subinde dare. Quo pertinet illud, quod *Pomponius* præcipit: si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, lucrum cum damno liberaliter pensari *d. L. ii. D. h. t.* Quando quidem r)

Ita vita est hominum, quasi cum ludas tesseris;
Si illud, quod maxime opus est iactu, non cadit,
Illud, quod cecidit forte, id arte vt corrigas.
Quodsi a te factum fuerit, defunctus officio videris.

Inbet igitur prætor non superuacua gerere, non inuisa, non oneri futura; sed grata, & utilia, & vtique mansura. Huius utilitatis regulas porro ex natura *honestatis* æstimat, cuius maxima habenda ratio ab amicis. Hinc, si, vt alterius fidem liberares, fideiussisti, *L. 46. §. i. h. t.* vel, ne iudicio tutelæ teneretur, *L. 6. pr. D. h. t.* utiliter videberis gessisse; quia debet esse, secundum *Laelium*, s) summa inter amicos rerum & voluntatum communio, maxime, si de capite aut fama disceptatur. Quapropter, si & pro *liberis* tuis, & *necessariis*, contemplatione tui, aliquid gesserim, tua me negotia *Iulianus* credidit gessisse: cum, si *Senecam* audias t) plerorumque animus liberos, & coniuges, & pepates, ita sibi applicuerit, vt ab illis, quam a vita, diuelli grauius existimet: adeoque pro illis gestum negotium, tuæ necessitatis causa gestum iudicetur.

Sed de procuratione *honorum* videamus. Quæ quamuis non sit necessaria; tamen honor, & processus ad altiora tendentium, *Senecae* u) tantæ visus est utilitatis, vt nihil habendum sit utilius, quam sibi ipsi utiliore fieri honoris aliqua accessione. Quocirca & *Cicero* inter præcipua huius iuris officia

q) *TERENT. Adelph. I. 2. v. 18.*

s) *CIC. d. amic. p. §71.*

c. 11.

r) *TERENT. Adelph. IV. 7. v. 21 seq.*

t) *SENEC. benef. I. 2. 11.*

u) *SENEC. I.*

cia retulit, amicos in *petitione honorum* adiuuare. x) Hanc sententiam secutus *VLPIANVS*, inter illa, quæ utiliter in negotia amici erogantur, etiam sumtum honeste ad *honores* per gradus pertinentes factum, referri censuit, illumque actione negotiorum gestorum peti posse *L. 45. pr. D. neg. gest.* quod & idem in socio *L. 73. pro socio*, & *LICINIUS RVFINVS* in donatione uxoris in maritum, dignitatis & processus ad honores causa collata *L. 41. D. de donat. int. vir. & vx.* probauerunt.

§. IV.

Vides, quæ sit sanctitas, omnibus partibus huius iudicii expressa, quæ religio amicitiae, ad cuius præcepta *ICTI* officia illius, qui negotia alterius gessit, exegerunt, quæ promptitudo in suscipiendo, quæ bonitas desideretur, quæ circumspexio in negotii delectu. Superest, ut tractemus de *diligentia*, quam amico in ipsa administratione negotii, quod susceptum est, debemus.

Omniem diligentiam in perfecta amicitia præstari, maxime, in negotiis gestis.

Visum est interpretibus, inprimis *CVRADO RITTERSHVSIO* in *comment. ad L. 23. d. R. I.* &, qui illum secutus est, *V. C. GEORGIO BEYERO* in *posit. ad pand. tit. 5. L. 3. p. 142.* & ceteris plerisque omnibus, *diligentiam ordinariam* duntaxat, id est, mediocrem & qua quilibet ex vulgo, ad rem attentus, utitur, ab illo, qui negotia alterius gesserit, desiderari adeoque *culpam leuem* in negotiorum gestorum iudicio præstari. Qua sententia dici non potest, quam corruperint illi, mores optimi & probatissimi amici, qui negotia alterius & ignorantis gessit, tot sapientissimis prætoris, & iuris prudentium, præceptis pulcherrime instructi, & efformati ad perfectissimam virtutem, qua post sapientiam nihil maius, & præstantius, datum esse hominibus videtur. Agnouerunt errorem *CONTIVS* ad *L. 23. d. R. I.* & *VVLTEIVS*, inprimis *V. C. GERARDVS NOODT.* Cum quibus libentius facio, aioque: ab illo, qui negotia alterius gesserit, *culpam leuissimam* præstari. Qua opinione cum nihil sit apertius, si tot luculentas leges cogitemus, inprimis, quæ a *IUSTINIANO* §. 1. *I. d. oblig. quæ quasi ex contr.* ab *VLPIANO* *L. 23. D. d. R. I.* a *PHILIPPO* *L. 24. C. de usur.* in illam sententiam traduntur: ut res fere, nisi ab aduersariis peruersa esset, vix disputatione indigeret; tamen cum illorum verba mirifice ab his distorta sint, & interpretatione obscurata, &, cum *RITTERSHVSIVS* inprimis illa ex natura negotii explicanda, affirmet, prius, ne quis cauillari possit, rem ipsam videamus. Inde facile erit, quid illi, quos commemoravi, in his legibus senserint, ex ipsis rerum argumentis expedire.

Enimvero illud superiori commentatione comprobatum est, ad regulas exactæ cuiusdam, & nobilissimæ amicitiae, officium eius, qui negotia alterius gesserit, definitum esse a prætore, & veteribus iurisconsultis. Ne igitur dubi-

tes,

x) *cic. l. c. p. 573.*

tes, ab illis, qui *amicitiæ* speciem, id est, C I C E R O N E ^{y)} interprete, diuinarum atque humanarum rerum cum caritate maxima consensionem, præ se ferunt, *diligentiam*, quæ in homines cadit, *maximam* desideratam. Certe S E N E C A, ^{z)} qui diligentissime de amicitia præcepit, beneficium *non negligenter* dandum esse, monet, quod eodem animo debetur, quo datum est: cum sibi quisque debeat, quod negligenter accepit ab amico. Illa enim fraus est, qua nulla omnino pestilentior, accedere ad rem gerendam, aliquid tentare: cæpta deferere, omnia turbare, rem effectam & peruersam relinquere. Hoc illi more & exemplo viuunt;

— — — — — quos cum censeas
esse amicos, reperiuntur esse falsi falsimoniis,
Lingua factiosi, inertes opera, sublesta fide a)

C I C E R O ^{b)} contra in amicitia abesse cunctationem, *adesse studium*, coniunctum cum summa beneuolentia, præcepit.

Quod intellexit apud P L A V T U M ^{c)} etiam seruile ingenium, attactum admiratione virtutis, quam in amicitia desideramus. Laudat enim amicum,

cui tuam cum rem credideris, sine omni cura dormias.

Atque apud eundem alio loco ^{d)} Mnesilochus hominis improbi & ingrati infamiam metuit, nisi pro beneficio *diligenter* referat gratiam, & cum cura officio amici defungatur. Verba P L A V T I:

*Nimio præstat impendiosum te, quam ingratum dicier.
Illum laudabunt boni; hunc etiam ipsi culpabunt mali:
Qua me caussa magis cum cura esse, quam obuiigare, opus est!*

Adeoque *cura* desideratur in administrandis negotiis amici. Sed ne cura qualisqualis sufficere posse videatur: audiamus L A E L I U M apud C I C E R O N E M ^{e)} qui non solum amicum suum vult *exemplar* esse *sui*, per quem absens adsit, valeatque imbecillis, quique adeo eadem *diligentia*, qua *ipse* vsurus sit, in suis negotiis versetur; sed præterea indignatur illis ^{f)} qui hac lege definiunt officium amici, ut, quemadmodum in se quisque, sic in amicum etiam sit animatus. Plus desiderat; vult in re alterius quam *diligentissime* amicum occupari. „Quam multa enim, inquit, quæ nostra caussa nunquam faceremus, facimus caussa amicorum? Precari ab indigno, supplicare, acerbius in aliquem inuehi, insectarique vehementius, quæ in nostra caussa non satis honeste, in amicorum fiunt honestissime. Multæ quoque res sunt, in quibus de suis commodis viri boni multa detrahunt, detrahique patiuntur, ut iis amici potius, quam ipsi perfruantur., Ergo damnat in amico *culpam*, quam scholæ *leuissimam in abstracto* appellarunt.

Opi-

y) C I C E R O in Læli. p. 564.

z) S E N. benef. l. I. c. I.

a) P L A V T Bac-

chid. III. 6. v. II.

b) C I C. de amic. p. 568.

c) P L A V T. Trin. III. I.

v. 20.

d) P L A V T. Bacchid. III. 2. v. 12.

e) C I C. amic. p. 564.

f) C I C. ibid. p. 570.

Opinaberis audire te IUSTINIANI verba, qui §. 1. I. de oblig. quæ quasi ex contr. ad exactissimam, inquit, diligentiam, compellitur, qui alterius negotia gessit, rationem reddere; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet.

Vides, quæ sit inter Iureconsultos, & sapientes, qui ex Stoa prodierunt, consensio de amicitiae præceptis. Certe etiam PLINIVS ^{g)} homo diligentissimus in amicitiiis colendis, collaudat Pompeiam, a cuius servis fuerat eius iussu liberalissime acceptus. „Non mehercule tam mea sunt, inquit, quæ mea sunt, quam quæ tua. Hoc tamen differunt, quod sollicitius, atque intentius tui me excipiunt, quam mei. Idem fortasse tibi eueniet si quando in nostra venies.„ Vt intelligatur, maiorem optimos quoscunque amicis, quam sibi, operam & curam impendere debere. „Generaliter SENECA ^{h)} multa cura, inquit, fata producuntur ad segetem. Nihil in fructum peruenit, quod non a primo, vsque ad extremum, æqualis cultura prosequitur. Eadem beneficio, rum conditio videtur.„ Ergo curam singularem expectat ab amico. Et recte mea sententia: quandoquidem satius est, intacta a te mea negotia relinqui, & vel mihi vel aliis permitti procuranda perficiendaque; quam tua quidem facilitate attingi, sed tua oscitatione etiam corrumpi, & perueri.

§. V.

Ausim affirmare, prætorem, & iurisperitos nihil in hoc argumento discessisse a veteris sapientiæ, quæ enarrauimus, præceptis. Enimuero dubitari non potest, veteres, qui tantam promptitudinem in suscipiendis negotiis absentis, tantum studium in deligendis *L. 10. §. 11. D. h. t.* tantam prouidentiam in demerendo amico desiderauerant, etiam absolui beneficium, & perfici negotium cum cura diligenti, voluisse. Ibimus per partes, & quid in singulis capitibus administrationis præstare iusserint illum, qui negotia alterius gessit, videamus. Iuricon-
sultos ex-
actissimam
diligentiam
ab illo, qui
negotia ab-
sentis gerit,
exegisse, ex-
emplis com-
probatur.

Primo PAVLLVS generatim, postquam semel ille, qui gerit, personam amici suscepit, quæ antea arbitrii erant, ad officia perfecta refert, & geri rem, ut oportet, & præstari, quod præstari debet, præcipit. Si quis contra fecerit, & plus, quam oportet, impenderit, recuperaturum aut id duntaxat, quod præstari debuit. *L. 25. D. h. t.* Vides nihil omnino PAVLLVM excipere, sed velle præstari, quod debet, quod oportet, id est, nihil intermittere, quod possit ad ullam partem officii, etiam minimam, referri. Si quis obiiciat: præstationem diligentiae ex natura contractus, & negotii, æstimandam esse; res expedita est; cum dubitari non possit, illum, qui negotia aliena gerit, ad præcepta exactissimæ amicitiae, quam re ipsa profitetur, alligari. Hæc vero desiderant maxi-

g) PLIN. 1. ep. 4.

h) SENECA. de benef. l. 2. c. 11.

maximam diligentiam in negotiis amici. Nihil enim apertius. Suae rei, si
 CONSTANTINVM audiamus, quisque moderator & arbiter, non omnia ne-
 gotia, sed pleraque, ex suo animo facit; aliena vero negotia *exacto officio* ge-
 runtur: nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, cul-
 pa vacuum est. *L. 21. C. mandat.* Ita apparet, pro natura huius negotii
 PAVLLVM *diligentiam exactissimam* intellexisse. Ne cui possit scrupulus
 hærere; audiamus PAVLVM alio loco, in quo ipsi non placet, si quis *unum*
 negotium meum gerat, nisi ab initio ad *unum* duntaxat negotium accessit, fini-
 to eo discessurus; sed qui voluit amicus absentium videri, illum iubet etiam
connexa tractare, nihil intermittere, de omnibus teneri: cum aliquis, inquit,
 negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed vnus contractus, nisi ab initio
 ad vnum negotium accessit. *L. 16. D. h. t.* Ex quo intelligitur, debere ami-
 cum vigilare, circumspicere ad omnes partes, ne quid ipsi elabatur, quod perti-
 neat ad absentis utilitatem, denique cum cura & *diligentia summa* versandum
 esse in rebus amicorum. Manifeste IULIANVS *L. 6. §. 12. D. h. t.* ad di-
 ligentiam maximam hoc refert, si quis omnia negotia absentis gerat. Dicit
 enim, eum, qui aliqua gessit, aliqua non gessit, contemplatione tamen eius alius
 ad hæc non accessit, & *vir diligens, quod ab eo exigimus*, etiam ea gesturus
 fuit, etiam propter ea, quæ non gessit, teneri negotiorum gestorum actione.
 Noui, quid multis interpretibus de hac lege corrumpenda videatur. Aint a
 IULIANO singularem speciem tractari, & tunc demum desiderari, vt negotia
 omnia gerantur, si speciatim probari possit, *aliud adfuisse*, omnia gesturum.
 Sed frustra fuerunt omnino, qui rem manifestam interpretatione coacta perner-
 terunt. Magis est, hæc verba: *contemplatione tamen eius alius non accessit*,
 non *conditionem*, sed *causam*, atque *rationem* dicendorum, continere. Ap-
 paret enim ex *L. 16. D. h. t.* quod credatur semper, qui vnum tentauit, ad
 omnia negotia gerenda accessisse, nisi indicauerit, se vnum tantum gesturum ex
 negotiis absentis. Ne igitur credas, IULIANVM de singulari specie sentire.
Exigitur enim hac lege ab illo, qui negotia absentis gerit, vt *æque diligens*
 sit, atque alter ille, qui fuisset omnia gesturus. Quapropter adfuerit alius, an
 minus, æque tenebitur; cum satis sit, quod *potuerit* alius adesse. Si quid
 video, IULIANI sensus hic est: si quis negotia gerit, solent alii contempla-
 tione eius abstinere a negotiis amici: illud non iubet specialius probari, sed
 præsumi; cum natura doceat, neminem ausurum ad negotia accedere, quæ iam
 ab alio occupata sint, vt administrantur. Ideoque æquum videtur, ipsum eadem
 præstare, quæ ab alio *diligente* expectari possent. Sed homines *diligentes*,
 & amici, creduntur omnia negotia gesturi, quod ex *L. 16. D. h. t.* comproba-
 tur: quare conueniens est, illum etiam de his teneri, quæ non gessit, cum ab
 alio geri potuissent. Desiderat ergo *diligentiam exactissimam in abstracto*,
 id est, eam, quam alius vir diligens fuisset amici negotiis adhibiturus: idem
 enim

enim ab illo *exigimus*, quod poterat ab alio præstari: affertque IULIANVS causam, quia alius eius contemplatione ad negotia absentis non accessit. Non video, quid nodum quærant Viri docti in re plana atque expedita. Res ipsa docet, non posse postulari a domino, ut probet alium eius contemplatione a negotiis abstinuisse. Quid enim efficietur, si hoc dominus probabit? Forte, si subornabit aliquem, & adducet, qui fateatur, se gesturum omnia fuisse, nisi alius gessisset? At ille, qui interea gesserat, habet cur respondeat, hoc sibi incognitum fuisse: se in *ignorantia facti* versatum, culpæ expertem esse, se illud non diuinare potuisse; adeoque non posse plus a se exigi, quam si nemo alius fuisset accessurus. Et habebit illud rationem; quia, si alias non teneretur, non posset ipsi imputari, quod alius adfuerit omnia gesturus; cum hoc ipse iuste ignorarit. Frustra igitur probasset dominus, alium adfuisse negotia omnia gesturum. Quapropter dicendum est, non id quæri, an alius eius contemplatione abstinuerit a negotiis amici? illud enim præsumitur, nec indiget probatione: id tantum probari debere, quod *potuerit* alius diligentior omnia gerere: quandoquidem, quod alius diligens potuit, idem etiam, teste IULIANO, ab ipso exigitur. *L. 6. §. ult. D. h. t.* Sed ais: augeri tamen culpam illius, qui negotia absentis gessit, si quis alias *se obtulerit*, & repulsus fuerit iniuria gerentis: id tractare IULIANVM, & tunc demum velle, ut de omnibus negotiis absentis teneatur. Sed frustra hoc asseritur: neque IULIANO hoc in mentem venit: ait enim: dum aliquis suscipit negotia absentis, eius contemplatione non solere accedere alios viros diligentes: ideoque qui gessit, eum teneri de omnibus, si alius vir diligens quod ab ipso exigimus, fuisset omnia gesturus: non dicit, si quis se obtulerit, & repulsus fuerit, hæc locum habere; sed affirmat potius, alios tunc abstinere, si quis semel gerere coeperit negotia absentis. Quibus verbis dubium non est, præstationem culpæ leuissimæ in abstracto contineri, ex illo æstimandam, quod potuissent alii diligentissimi præstare. Quod ut penitus intelligatur, sciendum est, iisdem fere verbis, quæ ex VLPIANO hic recitauimus, iurisconsultos sæpe vfos esse, cum de culpa leuissima in abstracto in contractibus tractarent. Ipse IVSTINIANVS §. 2. *I. quibus mod. re cont. obl.* qui vtendam, inquit, rem accipit, *exactam diligentiam* custodiendæ rei præstare debet: nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solet: *si modo alius diligentior poterat eam rem custodire.* Nemini dubium est, his verbis non id agi, ut probari velit imperator, alium diligentiozem vere adfuisse; sed ut regulam proponat: nimirum, generaliter, in commodato, culpam leuissimam in abstracto, & exactam diligentiam præstari ab accipiente. Hoc enim *L. 18. D. commod.* disertis verbis continetur. Ad eundem modum in §. 8. *I. ad L. Aquil.* mulio tenetur, qui propter infirmitatem mulas retinere non potuit, *cum alius firmior eas retinere* potuisset. Quod & ipsum non de specie singulari, aut exceptione accipiendum esse,

sed ibi regulam de culpa leuissima in abstracto tradi ex *L. 8. §. 1. D. ad L. Aquil.* apparet.

Voluit igitur *IULIANVS exactissima diligentia* ab amico omnia absentis negotia administrari; non in vno subsisti: cum fides amicitiae latius patere, & vna duntaxat opera non absolui posse, videatur. Præcepit illud *PHILTO* apud *PLAVTVM* i)

Is probus est, quem non poenitet, quam probus sit, & frugi bonæ.
Benefacta benefactis aliis pertegito: ne perpluant.

„Eo & *SENECA* k) respicit, qui fouenda sunt, inquit, beneficia: parum est dedisse. Nisi adiuueris beneficia, perdes. Non rata sunt patrum beneficia, si in infantia deferantur, nisi longa pietas munus suum nutriat. Nihil in fructum peruenit, nisi quod a primo ad extremum cultura prosequitur.

Tenetur igitur de omnibus, quæ *potuisset* alius diligentior administrare. Generaliter enim omnia, quæ fieri omnino possunt, ab illo exiguntur, qui negotia absentis gerit. Opportune occurrit idem *PAVLLVS*, qui *L. 18. D. h. t.* illum qui in seruitute gerere cœperat, tantum præstare ait, quantum, si alius negotia gessisset, seruare *potuisset*. Vt intelligatur, illum, qui negotia gerit, ad omne *possibile*, id est, ad exactissimam diligentiam obstringi, & de *culpa qualibet* teneri. Apertius id *PAPINIANSVS* docet, *L. 31. §. 2. D. h. t.* qui ait: imputari amico, qui absentem defenderit, si, cum *posset*, utique non appellasset. Sunt alia eiusmodi complura: vt brevis sim, subiiciam ex *VERIANO*, quod illi, qui *potuit* vi mandati præsumti, debitores eius, cuius negotia gerebat, iudicio pulsare, imputari possit, cur oblata de rato cautione illos non conuenerit, *L. 8. pr. D. h. t.* neque *IULIANVS* ipsum excusauit, nisi cum conueniendi debitores facultatem non haberet *L. 6. §. 12. D. h. t.*

Mirifice me *PAVLLVS* iuuat, quem sæpius in partes voco. Ille enim etiam, si debita exegit, non tantum sortem, verum etiam vsuras totius temporis ex pecunia aliena perceptas, vult negotiorum gestorum iudicio præstari; vel etiam, quas percipere *potuimus* *L. 19. §. 4. D. h. t.* vt nihil omittatur diligentiae. & utilitatis, quæ *possit* ab amico proficisci. Quid, quod & casum præstet, qui redactas ex venditione pecunias in arca reposuit, in qua sine culpa eius perierunt; si debuerit, id est, *potuerit* illas vel sibi, vel creditoribus soluere vel fœnerari. *L. 13. D. h. t.* Aut enim omnia me fallunt, aut vocabulum *debet*, hoc loco, pro: *poteſt*, est accipiendum. Hoc enim sensu *L. 2. §. 31. D. Ne quid in loco publ. & L. 1. pr. D. de hered. instit.* usurpatur. Debet igitur, si potest, pecunias fœnore ponere: nisi habeat causas probabiles, propter necessitatem integras custodiendi. *L. 13. D. h. t.*

Ne

i) *PLAVT. Trin. II. 2. v. 40.*

k) *SEN. Benef. II. 11.*

Ne hic quidem subsistit PAULVS. Ne quis credat, absolui amicorum officium, si *ipsi* nil committant, ex quo alter damnum patiatur. Erit locus, ubi etiam de *culpa aliena* tenearis. Si enim mandato tuo negotia mea *TITIVS* gessit; quod is non recte gesserit, tu mihi actione negotiorum praestare teneberis. Non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes: sed etiam, quod tu imprudenter eum elegeris; ut omne mihi praestes, quidquid negligentia eius mihi fecit detrimenti *L. 21. §. 3. D. h. t.*

Ex his credo, expeditum est, te de omni diligentia, quam *potueris*, praestare, siue quid commiseris, quod caueri potuisset, siue neglexeris, quod *potuisset* procurari, id est, de *omni culpa & diligentia* teneri.

§. VI.

Poteram longior videri. Sed efficit illorum auctoritas, qui aduersas partes susceperunt, ut malim huic tractationi diligentiam exactam commodare. Parum est, eum, qui negotia gerit, in conueniendis *aliis diligentiam* praestare; sed aduersus se quoque agere tenetur, & haecenus procuratori comparatur, qui in se praestare, quod in aliis, tenetur. Nimirum, quod absenti debet, a se ipso de se ipso exigere iubetur, & ex eo tempore, quo dies venerat, usuras etiam praestare, quamuis ab initio non esset usurarium debitum. Ita *IULIANVS*, *PAPINIANVS*, *THYPHONINVS* *L. 6. §. 12. L. 31. §. 3. l. 38. D. h. t.* atque vno ore omnes, ipse etiam *PHILIPVS* *l. 24. C. de usuris* praeceperunt.

Illud durius, quod si rem meam imprudens emas, sed priusquam vsuceperis, cognoscas meam esse, inheris aliquem subiicere, qui meo nomine a te petat, ne vsucapias: si secus feceris, & rem vsuceperis, teneris negotiorum gestorum actione *l. 19. §. 3. D. h. t.*

Poterat in his speciebus vel ipse diligentissimus paterfamilias, si adfuisset, facile sublabi, & vel usurarum obliuisci, vel rem suam, quam alter bona fide adquisiuerat, omittere, & ita excludi vsucapione possessoris. Poterat & illi, qui negotia gerebat, ignosci, si, ut amici rem non prodidit, ita etiam suam conseruauit, sibiue potius consuluit in pari causa; inprimis, cum iure veteri in vsucapione tantum initium spectetur. Sed quia, quod *PLINIVS* praecepit, non tam mea esse debent, quae mea sunt, quam quae amicorum; placuit, amicum maiorem absentis habere, quam sui, rationem: & aliquem subiicere, qui amici nomine interpellet suam vsucapionem. Quam diligentiam, qui non *exactissimam* adpellet, & plus desideret a diligentissimo amico, nae, ille possit morosus, atque durus videri, & immemor propemodum humanitatis.

§. VII.

*Ab illis,
qui se offe-
runt nego-
tiis, exactis-
simam dili-
gentiam de-
siderari.*

Igitur res ipsa loquitur, & exempla docent, qui negotia absentis gessit, eum de *culpa leuissima* in abstracto, etiam, teneri. Sed, ne cui hoc no-
tum, atque contra iuris rationem constitutum esse videatur; monendum
est: in omnibus negotiis, ad quae quis *sponte* accesserit, idem fuisse consti-
tutum, ut durius, quam ille, cuius persona a domino electa, teneatur.
Ita IULIANVS l. 1. §. 35. D. de pos. si se quis, inquit, deposito obtulit,
ille depositi *periculo* se illigauit; cum alius de dolo tantum teneatur. Et ha-
bet illud rationem. Quandoquidem, qui *sponte* ad negotia accedit, vide-
tur fidem singularem recipere, industriam, & studium insigne, profiteri,
ut dominus securus dormiat, in utramque aurem. In qua re, si deficiat,
merito poenas luit improuidae temeritatis. Ad eundem modum mulio, qui
mulas regendas sibi postulauit, culpa nomine tenetur, si *propter imperi-
tiam*, aut infirmitatem, retinere non potuit impetum mularum. Nec vi-
detur iniquum, inquit GAIUS, si infirmitas culpa adnumeratur; cum *ad-
fectare* quisque non debeat, in quo vel intelligebat, vel intelligere debebat,
infirmitatem suam alii periculosam futuram. l. 8. §. 1. D. ad l. Aquil.
Recte igitur imperitia culpa adnumeratur, quod adparet ex l. 132. D. de
R. I. quae est eiusdem GAIUS ex l. 7. ad edict. provinc. & cum l. 8. ad l.
Aquil. videtur cohaesisse.

Sunt plures eiusmodi species apud ULPIANVM l. 9. §. 5. & l. 13.
§. 5. D. locat. & apud GAIVM l. 25. §. 7. locat. in quibus imperitia
nomine culpa venit. Generaliter, qui, ut *artifex* conduxit, id est, qui
spem fecit curae, & diligentiae, & artis singularis, non excusatur, nisi
omnia praestitit, quae diligentissimus quisque obseruaturus fuisse videatur.
Eadem conditio illius, qui negotia absentis gerit: quem recte PAPINIA-
NVS ad eundem modum, si vel imperitia lapsus est, damnauit l. 32. pr.
D. h. t. Sponte enim ad negotia accessit, adeoque professus est, studium
se singulare, & insigne, quale ab artifice subinde expectamus, praesti-
turum.

§. VIII.

*Legibus ex-
pressis dige-
storum com-
probatur, di-
ligentiam
exactissi-
mam ab
illo exigi,
qui negotia
absentis ges-
sit.*

Igitur exemplis comprobatur, veteres actionem aduersus illum, qui
negotia absentis gesserit, etiam de culpa leuissima, dedisse, illaque pariter
imperitiam, quia se ipse negotiis alienis obtulerit, comprehendisse. Qua-
propter, cum rerum argumenta hic loquantur, poterat superuacuum videri,
de legibus expressis laborare, quibus idem illud generatim doceatur. Sed
in promptu sunt elegantes, tantoque diligentius a deprauatione vidicandae,
quanto incommodius a viris doctis in partem aduersam tractae sunt. Pri-
mo ULPIANVM audiamus, qui l. 23. D. de R. I. quidam contractus, in-
quit, & dolum & culpam recipiunt; mandatum, commodatum, vendi-
tum,

tum, pignori acceptum, locatum, dotis datio, tutela, *negotia gesta*: (in his quidam & diligentiam). Quibus verbis nihil expressius, nihil apertius dici potest. Sed RITTERSHVSIUS ^{l)} & alii plerique contrahunt frontem, atque aduersantur. Aiunt enim, diligentiae quosdam gradus esse: non hic summam intelligi: ex natura negotii cuiusque gradum culpae, aestimari. Neque id ego dissimulo: atque etiam probatum darem, diligentiae nomine aliam culpam subinde comprehendi; nisi hanc operam V. C. GERARDVS NOODT ^{m)} luculenta commentatione occupasset. Sed hoc loco existimo, *exactissimam* diligentiam notari; quandoquidem VLPIANVS negotia gesta, a locato & vendito seiungit; illudque discrimen adgnoscat, quod in negotiis etiam *diligentiam* desideremus. Nemo dicet, VLPIANVM de vulgari illa, & ordinaria sensisse, qui cogitabit, illam etiam in locato & vendito praestandam: haec enim nihil inter locati, venditque, & negotiorum gestorum actionem interest; sed plus desideravit VLPIANVS, voluitque, illum, qui negotia absentis gessit, arctius teneri. Rem non expedies, ni fatearis, *culpam leuissimam* venire in negotiorum gestorum actione. Abscisse PAVLLVS l. 1. Sent. T. 4. §. 1. qui negotia, inquit, aliena gerit, & bonam fidem, & *exactam diligentiam*, pro quo interuenit, praestare debet. Vix est, quod addam l. 11. & 22. D. h. t. POMPONIUM statim a dolo & culpa ad casum transiisse. Nimirum de omnibus eum teneri ait, qui gessit negotia absentis: solum duntaxat casum non facile praestari. Illud quidem saepius video, veteribus accidisse, ut a culpa leui, quasi saltu aliquo, omissa leuissima, ad casum protulerint orationem; id tamen me mouet, quod PAVLLVS l. 37. §. 1. D. h. t. cogit illum, qui negotia gessit, nominum, quae ipse contraxit, etiam *periculum* praestare: unum excipit, nisi *fortuitis casibus* debitores fortunas amiserunt. Periculi, quod casibus fortuitis abscisse opponitur, praestationem, certum est, plerumque *diligentiam exactissimam & omnem culpam* continere.

Discederem ab hoc loco, nisi turbas daret LABEO l. 3. §. 9. D. h. t. qui interdum ait in hoc iudicio *dolum* solummodo praestari; ut puta: si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtulisti. Nemo dubitat, hoc loco de negotiis *desperatis*, & alias, nisi quis confestim subueniret, *perituris*, LABEONEM tractauisse. Haec sententia se omnibus, quod meminerim, interpretibus, probauit: putant enim, hoc ex negotii, illo animo, ne bona distrahantur, propter domini absentiam, administrati, natura apparere. Nec ipse video causam, cur dubitem, illa lege agi de negotiis amici desperatis; sed nego illud, ex solo exemplo, quod LABEO adduxit, comprobari. Neque enim continuo res desperata, & peritura dici potest, si periculum sit, ne bona distrahantur. VLPIANVS enim

^{l)} RITTERSHVS. ad l. 23. R. I. p. 173.

^{m)} NOODT. probab. IV. c. 3.

enim *l. 1. D. h. t.* hanc speciem refert inter negotiorum gestorum communia exempla: si quis operam det amico, ne indefensus possessionem rerum, aut venditionem patiatur.

Mihi quidem ratio aequitatis, qua iudicii rigor temperatur, haec potior videtur, quod *adfectione coactus* dicatur negotium gessisse, qui de dolo solummodo tenetur. *Adfectio* nimirum, quod CICERO de inuentione *l. 2. c. 7.* ait: videtur plerumque motus subitarios notare, atque animi impetum, non tam ex fœdere amicitiae, quam ex re insolita, & repentina, qua plerumque magis commouentur homines, profectum. Ita maritus *adfectione* dicitur commotus, quum aliquid in uxorem aegram, atque decumbentem, erogauit *l. 13. C. neg. gest.* quam SEVERVS & ANTONINVS domesticam adfectionem *l. 1. C. eod.* PAPINIANVS *l. 54. D. mand.* affectum adpellauit; ut adfectioni, non nisi in rebus trepidis locum relinquamus. Adfectione igitur coactus videbitur, qui mirifice animo commotus, se retinere non potuit, rem peruenisse ad extremum sensit; quamuis non fuisset amicus se immiscendi, tactus miseratione sortis humanae, in periculo subuenit. In illa perturbatione rerum, durum est, diligentiam desiderare: res impetu geritur, differri non potest, sufficit, utrumque saluam in periculo seruari. Tunc igitur placet LABEONI, satis esse, quod is, ad quem res illa non pertinet, bono animo accessit: maxime, cum generaliter in bonae fidei iudiciis, si quid insoliti incidat, deferamus iuris regulam. & propter ea, quae circumstant, benignitati locum demus. In ceteris speciebus industria & cura singularis versabatur.

§. IX.

Idem probatur ex constitutionibus principum.

Exactam igitur diligentiam praestari veteres volebant. Sed haeret tibi scrupulus, quod putas, postea a praeceptis amicitiae, descitum. Falso. Ne longus sim, utar verbis Constantini, qui *l. 21. C. mand.* aliena, inquit, negotia *exacto* officio geruntur: nec quidquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum, vacuum est culpa. Vides ex principis mente omnem culpam in alienis negotiis praestari. Ne quis cauilletur, de mandato duntaxat Constantinum praecepisse; audiamus, qui supra a me commemoratus est, PHILIPPVM *l. 24. C. de usur* in hunc modum verba facientem: si mater tua, maior annis constituta, negotia, quae ad te pertinent, gesserit, cum *omnem diligentiam* praestare debeat, usuras, pecuniae tuae, quam administrasse fuerit comprobata, praestare compelli potest. Audis quaeri, de qua culpa mater teneatur, quae filii negotia gesserit? Rescribit imperator: *omnem* videlicet praestari in negotiorum gestorum actione: adeoque matrem de usuris omnibus teneri. Non poterat imperator vti oratione magis luculenta; in qua, si quis inueniat occasionem cauillandi, frustra leges ab

ab imperatoribus scribuntur. Sed inuenit tamen aliquam RITTERSHVSIVS, ⁿ⁾ lepidus omnino in hoc argumento. Ait, verba pro substrata materia, quod dicunt philosophi, accipienda. Tractari de negotiis gestis a PHILIPPO: in his *culpam leuem* solummodo venire: itaque PHILIPPI sensum esse: matrem de *omni* culpa, quae praestetur in negotiorum gestorum iudicio, id est, de leui culpa solummodo teneri. Igitur, si RITTERSHVSIVM sequaris, dum proponitur, quae culpa versetur in negotiorum gestorum actione? responderet imperator, omnem in illa culpam versari, quae versari soleat in illa actione. Quis non videt, orationem in circulum redire, nugas agi, indignas imperatoris maiestate, omnia perueriti, & quae est pestis iurisprudentiae, nihil sanum, nihil intactum facile relinqui.

Sed RITTERSHVSIVS porro argutatur. Ait, matrem illa lege, ut vsuras solueret, damnatam. Hoc non esse exemplum culpae leuissimae praestandae: cum in omnibus bonae fidei iudiciis ob moram vsurae debeantur. Parum abest, quin recte hoc obseruatum a RITTERSHVSIO adfirmes. Sed non cogitauit bonus vir, vsuras quidem ob moram in omnibus bonae fidei iudiciis versari; sed tamen ex natura contractus tempus aestimandum esse, quo mora in quouis negotio admissa videatur? Nempe hoc singulare in iudiciis, in quibus exactissima diligentia praestatur, quod *totius temporis* vsurae exigantur; quia homini diligentissimo conueniebat, postquam pecunias accepit, statim quaerere, ubi illas possit foenerari. Contra, in ceteris contractibus plerisque, debitori damus temporis aliquam vacationem. Recte ergo PAVLLVS l. 1. sent. tit. 4. §. 3. ait, quod, qui pecuniae *negotium gerat*, vsuras *totius temporis* praestare teneatur. Hanc nimirum tractauit speciem PHILIPPVS d. l. 24. C. d. usur. & rescripsit: satis esse, si probetur in negotiorum gestorum iudicio, matrem pecunias administrasse: & hinc peti vsuras posse, omnino omnes, ex quo tempore administrauit; addique rationem, quia omnem culpam, id est, etiam leuissimam debeat praestare. Hoc igitur loco vsurarum praestatio diligentias exactissimae continet exemplum.

Vt quisque ingeniosus est, quaerit alios atque alios colores. RITTERSHVSIO venit in mentem DIOCLETIANI & MAXIMIANI aliquod rescriptum, qui l. 20. C. d. neg. gest. tutori aiunt, similis non habetur, qui citra mandatum negotium sponte gerit. Satis enim abundeque sufficit, si cui in paucis amici labore consulatur. Sed ex specie ibi tractata intelligitur, frustra illum in hac lege praesidium opinionis quaesiuisse. Gesserat aliquis negotia OCTAVIANAE, cum sui iuris facta esset: non tamen exegerat pecuniam a debitoribus, quia aduersus illos cum cautione de rato pro absente

ⁿ⁾ RITTERSH. ad l. 23. D. R. I. p. 173.

sente non potuerat sine mandato extraneus admitti. Dubitabatur, an de his, quae ille non gesserat, siue, quae omiserat, negotiorum gestorum actione teneatur? Rescribunt principes, non teneri: adduntque rationem, quia propter exceptionis obstaculum non habuerit facultatem conueniendi debitores: satis esse, si in paucis, quae in mea potestate fuerint, meo labore consuluerim amico: aliud in tutore obseruari, qui habeat conueniendi debitores facultatem. Haecenus illum, qui negotia sine mandato gerit tutori non omnino similem haberi. Habes sensum Philippi. Igitur, non id tractatur, minorem ab illo, qui negotia gesserit, quam a tutore, diligentiam praestari; sed inter potestatem duntaxat huius, & tutoris, constitutum est discrimen, quo non laxatur vinculum amicitiae in negotiorum gestorum iudicio praetorio edicto obligatum. At vero RITTERSHVSIVS incertus est, & lubricus, & non vult comprehendere. Respondet igitur, *culpa tamen, levis* factam illo loco mentionem. Vt dubitari non possit, quin, qui negotia gesserit, de culpa duntaxat leui teneatur. Sed haec argumentatio facile diluitur. Aiunt enim principes: super his quidem, quae vltro quis administravit, non tantum dolum, & latam culpam, sed etiam leuem merito praestari. Audis leuissimae culpa non iniectam in tractatu de negotiorum gestorum actione mentionem. Ne te hoc perturbet; cogita, satis esse, quod illam certe non excludant. Enimuero, solemne est imperatoribus, cum ad libellos, quibus consuluntur, aliquid respondent, in rescriptis non omnia commemorare, non omnia veterum scrinia, & locos, compilare; sed multa preterire, ad illa tantum rescribere de quibus fuit dubitatum. Apparet non consultos fuisse principes de culpa leuissimae praestatione. Idem certe *l. 17. C. de R. V.* responderunt, malae fidei possessorem de fructibus *preceptis* conueniri posse; cum nemo neget, illum de *percipiendis* etiam teneri. Male igitur collegeris illa, quae praetereuntur, excludi in rescriptis. Illud subtiliter a V. C. GERARDO NOODT est obseruatum.

Ex his, quae dicta sunt, facile tolli potest alia dubitatio ex *l. 7. C. arbit. tut.* a RITTERSHVSIO iniecta. Et haec enim continet rescriptum eorundem principum ad libellum, quo consulti fuerant, utrum levis etiam culpa in tutelae, & negotiorum gestorum utili, iudicio verferetur? Hi de leui culpa responderunt: leuissimae praestatione non exclusa, sed in rescripto omissa, quod de illa quaestio non incidisset. Otium nobis facit Iustiniani recentissimum praeceptum *§. 1. I. d. obl. q. quas. ex contr.* Ad *exactissimam*, inquit, quisque *diligentiam* compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet si modo alius *diligentior* commodius administraturus esset negotia. His verbis explosa sunt, quae in contrariam partem disputantur. RITTERSHVSIVS quidem, cum turba interpretum, haec etiam afficit, & tentat, ut perueri possint.

Pu-

Putat enim, non regulam nimirum a IUSTINIANO, sed exceptionem, & singularem speciem tractari. Si *obtulerit* se quidam diligentior, qui commodius fuisset negotia administraturus: si probari possit, alium paratum fuisse ad gerendum; tunc demum in hoc iudicio exactissimam diligentiam versari. Verum hoc quam ineptum sit, supra est a nobis paragrapho V. disputatum. Quis enim non videt, generaliter his verbis de natura huius iudicii, non de exceptionibus, tractari. Sensus IUSTINIANI hic est: desiderari summam diligentiam, & teneri illum, qui negotia gessit, si probetur, alium *potuisse* commodius administrare. Hac locutione certum est, non exceptionem, aut conditionem aliquam, sed definitionem culpæ leuissimæ in *abstracto* contineri. Familiaris enim est IUSTINIANO hæc formula loquendi, cum de culpa leuissima tractatur; atque etiam §. 2. I. *quib. m. re cont. obl.* occurrit. Ait imperator, „qui rem vtendam accipit, exactam diligentiam custodiendæ rei præstare iubetur; nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis adhibere solitus est: „*si modo* alius diligentior *poterat* eam rem custodire. Non ausi sunt interpretes hæc verba de singulari specie interpretari; sed omnes, credo, agnouerunt, ibi regulam tractari.

§. X.

Satis credo, comprobatum est, in negotiorum gestorum iudicio *culpam* V.C. GEOR-
leuissimam præstari. Sed BEYERVS pertinaciter in sententia aduersa perseue- GIO BEYER-
rat. Ait enim, cum RITTERSHVSIO, periculum esse, ne negotia absentis RO respon-
deferantur, & a nemine curentur, si gestor de minima culpa, & quæ culpæ no- detur.
men vix meretur, teneretur. Videntur ipsi facilitate inuitandi potius amici
ad negotia gerenda, quam deterrendi a beneficio rigidissimæ sapientiæ præcep-
tis. Quis accedat ad negotia absentis, qui norit, se gratiam vix initurum:
pro beneficio litem imminere, & iniquissimas exactiones. Quandoquidem se-
cundum PLAVTVM o)

Ita sunt isti nostri diuites:

Si quid benefacias, leuior pluma est gratia.

Si quid peccatum est, plumbeas iras gerunt.

Sed liberat me respondendi verecundia idem ille PLAVTVS, qui alio lo-
co p) ait:

Nimio præstat impendiosum te, quam ingratum dicier:

Hæc enim cura non absterrebit liberalia ingenia: quæ ideo colunt amicitias, vt
possint fidem, & industriam, probare, pretiumque operæ in ipsa vicissitudine
studiorum officiorumque, inueniunt, qua secundum TVLLIVM q) nihil in ho-
minum vita iucundius potest cogitari. Quare, quod TERENCEIVS ait: r)

O 2

Eum

o) PLAVT. poen. III. 6. 16.
amic. p. 569.

p) PLAVT. Bacchid. III. 2. 12.
r) TERENCEIVS. præf. Heaut. v. 49.

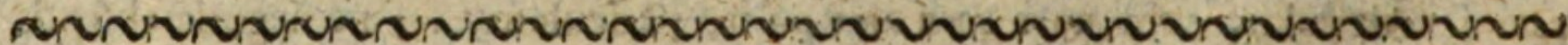
q) CIC.

*Eum esse quæstum, in animum inducent, maximum,
Quam maxime seruire amici commodis.*

Neque consentaneum est, si LAELIVM^{s)} audias, ullam rem honestam, ne sollicitus sis, vel non suscipere, vel deponere susceptam. Quod si curam fugimus; virtus fugienda est, quæ & ipsa cum aliqua cura coniungitur. Quamobrem angor iste, qui pro amico sæpe capiendus est, non tantum valet, ut tollat e vita amicitiam, non plus, quam ut virtutes, quia adferunt nonnullas molestias, repudiantur: præterea, quem credis, tam obtuso ingenio, & barbaro, futurum, ut cum videat, animo amico, & benevolenti alium in suis negotiis versatum, rem exigat omnino ad amissim, litem continuo intentet, odium pro gratia reponat. Facit enim locum remissioni IULIANVS L. 6. §. 12. f. D. h. t. Et si qui tam inepti fuerint, cogita, quod apud SENECA^{t)} poëta monet:

Perdenda esse multa, ut semel ponas bene.

Contra homines negligentes, & ardeliones inprimis propositum est elegantissimum prætoris de negotiorum gestorum iudicio edictum. Interest omnium, hos auocari a negotiis absentium, & ne inuolent in aliena, & res misceant, adfectas perturbatasque deferant, atque in medio relinquant, denique in summa iniuria suæ temeritati titulum amicitiae prætendant, ipsa difficultate negotii, iudicium huius seueritate, absterrerit.



XVI.

O B S E R V A T I O N E S

DE CVSTODIA ET PERICVLO
P I G N O R I S.

VITEMBERGAE, D. XXVI. SEPT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIII.

L. 17. §. 1.
D. de pignorat. act. non
indiget
emendatione
V.C. GERAR-
DE NOODT.

§. I.
Quam inique comparatum est, ii, qui minus habent,
Ut semper aliquid addant ditioribus.
Quod ille vniuersim vix demenso de suo,
Suum defraudans genium, comparat miser,
Id illa vniuersum abripit, haud existimans
Quanto labore partum. a)

s) CIC. d. amic. l. c.
act. l. sc. r. v. 7.

t) SEN. Benef. l. I. c. I. f.

a) TERENCE. phorm.

Ita

Ita sunt hi nostri diuites: inprimis, cum indigentiores aeris alieni vinculis obstrictos, atque alligatos, tenent. Instant, ubi dies venerit, urgent cum vociferatione, minitantur, nihil omittunt: nec tantum scenore miseros trucidant; sed etiam, ne quid hominibus infelicissimis super sit, statim, priusquam incipit deberi, egentes spoliant, *pignora* extorquent: hæc, si quis crudelitati color obtendi possit, ne quidem reddunt debitori, quamuis liberata, & soluta: certe, non nisi negligenter custodita, atque tandem deprauata, postquam etiam de teruncio satisfactum est, ægre restitunt: denique non quiescunt, donec, quod PHÆDRVS ait, ^{b)} totam prædam sola improbitas auferat. Publice interest, rapacitatem illam creditorum coerceri. Et coerciti sunt sapientissimis præceptis: maxime, pigneratitii; ne inhumanius, & insolentius rem gerant: ut non modo reddant pignus, debito soluto; sed etiam, quod ait ULPIANVS *L. 24. §. 3. D. de pignerat. act.* si male pignus tractauerint, aut debilitauerint, atque deterius fecerint, pigneratitio iudicio de *culpa* teneantur.

Sed V. C. GERARDVS NOODT, c) alias insigniter de arte nostra meritus, mirifice laborat, ne creditores, qui pignus acceperunt, *culpam leuissimam* præstare iubeantur. Obstabat ipsi ULPIANVS, qui *L. 13. §. 1. D. de pignerat. act.* præter culpam, etiam custodiam pignoris desiderabat. „Verba „ULPIANI: venit in hac actione & dolus, & culpa, *ut* in commodato: venit & *custodia*: vis maior non venit.„ Timet Vir clarissimus, ne quis, custodiæ necessitate imposita, exactissimam diligentiam a creditoribus expectet: & quia commodati mentio fiebat, cauet, ne quis in pignore, aut idem, aut plus etiam, quam in commodato, exigi posse, arbitretur. Igitur vrit, & fecat, & mutata literula discrimine etiam interpunctionis peruerso, ita legendum censet; venit in hac actione & dolus & culpa: *at* in commodato venit & custodia; vis maior non venit.

Nemo non videt, vim factam ULPIANO, nihil tale promerenti. Neque enim peccauit, dum dixit, *custodiam* in hoc iudicio venire. Eadem enim sententia DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS rescripserunt: creditorem, sicut vim maiorem pignorum præstare non habeat necesse; ita dolum & culpam, *sed & custodiam*, exhibere, merito cogendum *L. 19. C. de pign.* Neque offendere potuit clarissimum interpretem, quod pignus commodato videat collatum, quod huic oppositum malebat. Enimvero non ibi de gradu culpæ, qui præstandus sit, sed generatim, de dolo, & culpa, tractabatur, de cuius viriusque præstatione agitur in utroque contractu; ut hætenus recte potuerint pignus, atque commodatum, inter sese comparari. Nihil igitur vitii est in verbis ULPIANI, quod virum clarissimum adducere possit, ut duriori remedio utatur. Contra, si eruditissimi Belgæ emendationem accipias, in plura incommoda incidit lex pulchra & aperta. Quis enim credat, ULPIANVM, dum de pigno-

b) PHÆDR. fab. 1. l. fab. 5.

c) NOODT probab. l. l. c. 4. p. 11.

re exponit, dilapsum esse, sine causa, a pignore ad commodatum, & quod in hoc custodia veniat, vis maior non veniat, loco alieno docuisse: cum vtrumque etiam de pignore recte affirmetur, & commodius referri possit ad ipsam pignoris, quam *VLP IANVS* susceperat, tractationem.

Verum, ut dixi, id agit Vir Clarissimus, ut probet, culpam duntaxat leuem in pigneratitio iudicio versari. Candidior fuit *CVIACIVS*, ^{d)} qui, ut in commodato, ita & in pignore, distinguendum credidit, vtrum dantis, an accipientis tantum, an vtriusque causa contrahatur; &, si accipientis causa factum sit, culpam leuissimam, sin dantis, latam, sin vtriusque, leuem nimirum culpam, cum a creditore pigneratitio, tum a commodatario, praestari. Aequiores etiam Graeci interpretes, qui, dum durat ius pignoris, de leuissima, cum solum est, de leui culpa creditorem teneri voluerunt.

Non tamen ausim alterutri parti me adiungere; cum vtraque interpretatio non nihil habeat difficultatis. Certissimum est, culpam in pignore arbitrio iudicis, & boni viri, aestimandam, & prospiciendum, ut neque delicatus debitor, neque creditor onerosus audiatur. *l. 25. D. de pignerat. act.* Quod cum *VLP IANVS* de contrario pignoris iudicio praecipiat, multo magis sequendum erit in directo.

Recte obseruat B. *BEYERVS*, ^{e)} dari quosdam gradus etiam exactissimae diligentiae: adeoque difficile esse, ut vna circumscriptione omnia, quae eo pertinent, definiantur: sed iudicis partes & aequitatem in aestimatione diligentiae desiderari. Neque tamen ideo contemnendae sunt regulae, quae de cul-pae praestatione a veteribus traduntur; sed eo pertinent, ut iudex in aestimatione, prout res ferat, modo pronior ad adstringenda vincula obligationis esse debeat, modo etiam facilius in illis laxandis, atque remittendis.

Exponam breuiter, quid mihi videatur. Dissimulari non potest, minorem in pignore, quam in commodato, diligentiam desiderari: non obscure enim *§. 4. I. q. mod. r. contrah. obl. & l. 5. §. 2. & l. 18. pr. D. commod.* pignus, atque commodatum, in illo argumento seiunguntur; sed & hoc certum est, plusculum, quam leuem culpam, a creditore pigneratitio, &, praeter illam, etiam custodiam desiderari: solos casus fortuitos remitti. Id enim, cum aliis argumentis omnino multis, tum *l. 19. C. de pignor. & l. 7. C. de pignerat. act.* comprobatur; ut credam, cul-pae quidem leuissimae quendam gradum etiam a creditore pigneratitio praestari, nec sufficere, si vulgarem illam diligentiam, quam suis plerisque rebus accommodare solet, adhibuerit: sed iudicis tamen arbitrio permitti, ut benignius subinde de creditore pigneratitio, quam de commodatario, statuatur. Ita mihi sedet. Vtrum recte, deinceps apparebit.

§. II.

^{d)} *CVIAC.* *obl. l. 19. c. 24.*

^{e)} *BEYERVS* *posit. ad ff. p. 285.*

§. II.

Dubia sunt pleraque legum Romanarum præcepta, quibus leuem duntaxat culpam a creditoribus in pignore præstari vulgo contendunt. Imperator §. 4. *I. q. mod. re contr. obl.* „sufficere ait, si ad pignus custodiendum exactam diligentiam adhibeat creditor; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito pignus amiserit, securum esse.” Sed, ne credas, exactam diligentiam, medio-^{Nusquam diserte dicitur, leuem duntaxat culpam in pignore præstari.} crem illam, qua levis culpæ præstatione defungimur, duntaxat contineri. In-
certa sunt hæc verba, & modum ex negotio, cui adhibentur, accipiunt. Idem imperator §. 2. *I. eod. tit.* etiam eum, qui vtendum, id est, commodatum, accepit, sane exactam diligentiam custodiendæ rei præstare iubet: quem tamen nemo dubitat, plerumque culpam leuissimam præstare. *VLPIANVS l. 5. §. 2. & GAIVS l. 18. pr. D. commodat.* item *VLPIANVS l. 25. D. de pign. act.* dolum & culpam a creditore exigunt; sed expeditum est, imperfectum hunc sermonem esse, & culpæ nomine, si abscisse ponatur, non semper leuem culpam, verum interdum omnem diligentiam, prout naturæ negotii convenire videatur, indicari. Magis *PAVLLVS* turbare videbitur, qui *l. 14. D. de pign. act.* ea exigi a creditore ait, quæ diligens paterfamilias in suis rebus soleat præstare. Quibus verbis diligentiam communem, & leuem culpam plerique credunt contineri. Sed nihil hoc me mouet. Diligentes patresfamilias aliis atque aliis rebus aliam diligentiam adhibent, his solertem, & sollicitam, & circumspici-
tissimam, illis remissio-rem: prout aliæ atque aliæ maioris pretii, maiorique studio dignæ, esse videantur. Et hæc igitur verba, minus plenam orationem continent, atque interpretationem ex illis accipiunt, quæ speciatim de pignore, & creditoris officio dicuntur. Ita & *PAPINIANO* occurri potest, qui soluta pecunia, ait, possessionem pignoris a creditoribus restituendam: nec quidquam amplius desiderari *l. 40. §. 2. D. de pign. act.* Nimirum, *PAPINIANVS* his verbis casus fortuitos exclusit, modum diligentiae non definiuit. Imo vero, pignus duntaxat restituendum est, neque quicquam amplius debetur; sed restituendum est in eadem caussa: non deterius: cum, qui rem deteriore-
m restituit, non restituisse videatur *l. 3. §. 1. D. commodat.* Nusquam igitur in pigneratitio iudicio exclusam omnino culpæ lenissimæ præstationem, deprehendo.

§. III.

Enimvero, multa me adducunt, vt credam, adstrictius creditorem pigneratitium, quam ceteros, a quibus communem diligentiam exigimus, teneri. ^{Odiosum est ius pignoris, neque semper vtriusque utilitas in pignore veratur.} Ipsum ius pignorum quam durum est, quam graue, quam plenum inuidia? Auferre manu dextra, quod ægre sinistra porrexeris: beneficii gratiam crudelitate perdere: cum necessitatem miserorum datis rebus mutuis adiuuare, & solari volueris, ipsos spoliare, vsu rerum suarum illos excludere, possessionibus ma-
num iniicere, &, quando egestati debitoris aliqua in parte consulueris, operam dare,

dare, ut iam ex alia parte egeat: captis pignoribus hominem nudare, fortunis exuere, non gratiae, non misericordiae locum dare: haec, inquam, omnia, tanto asperiora sunt: tantoque magis ab humanitate aliena, quanto frequentius pignora ab indigentioribus, & proxime conturbaturis, accipiuntur, atque ad illos transferuntur, quos conveniebat, etiam cum aliquo incommodo, laudem liberalitatis & beneficentiae tueri. Recte MARTIALIS *f)* renunciat homini crudeli amicitiam, & odium pro gratia reponit, qui, cum ipsi non crederet, malebat in fundis eius spem & fiduciam collocare. Ita enim ille:

Cum rogo te nummos sine pignore; non habeo, inquis;

Idem si pro me spondet agellus, habes.

Quod mihi non credis, veteri, Thelesime, sodali,

Credis colliculis, arboribusque meis.

Ecce, reum Carus te detulit: adsit agellus.

Exilii comitem quæris? agellus eat.

Caue, accuses bilem, atque incontinentiam, poëtae. Qui enim poterās magis pudorem onerare hominis ingenui & probi, sed pauperis, & cum fortunae iniquitate conflictantis, quam, cum non dissoluto debitori fidem negares, qua sola humanae vitae consortio, & societas, quasi quodam vinculo continetur. Enimuero homini fidem detrahere, nae, illud est innocentem occidere, & prope indignum iure societatis, atque civitatis communis, iudicare. Quanto accommodatius ad hominum coniunctionem divinis legibus *g)* moderationem creditoribus praecipit, ut memores humanitatis, pignora ab inuitis ne capiant, neque domum debitoris, capiendi pignoris causa, introeant; sed ut foris expectent, & cum miseratione quadam ab offerente accipiant: etiam non solum subinde, ante solis occasum, indigentioribus restituant: communi hominum sorte & calamitate attingantur. Quapropter, si rationem naturalem audias, fere non fauendum est creditoribus plerisque; sed consulendum oppressis, atque laxanda nonnihil vincula, quibus debitores alligantur.

Sed ais: pignus tamen *utriusque* utilitatis causa contrahi: haec talia neutri omnino parti odiosa esse; sed æquationem iuris, quæ præcipua est lex societatis continere. Enimuero, si rationem non contempnis, ausim negare, quod semper *utriusque* utilitas in pignore versetur. Etsi enim hoc videretur debitoris esse commodum, quod, ut ait imperator, *§. 4. I. q. mod. re contr. obl.* facilius ei pecunia credatur; quis non videt, hanc utilitatem debitori ingenuo, & indigenti, a creditore etiam sine pignore deberi. Quæ igitur utilitas esse potest pignoris, illud per pignus impetrare, quod ab altero, si humanitatis rationem habere, & suæ auiditati temperare voluisset,

f) Epigr. l. XII. 25.

g) Deut. 24, v. 6. 10. 11. 12. 13.

set, etiam citra pignus expectari potuisset. Imo vero certissimum est, si de subtili iure civili disputemus, nunquam omnino in pignore debitoris utilitatem versari; sed solius duntaxat creditoris. Separandi enim sunt duo contractus: alter, quo debitum contrahitur, qui potest utriusque commoditatem continere; alter accessorius pignoris, quo id agitur, ut pignus soluto debito in specie restituatur: qui ob solius creditoris securitatem, seu, VI IUSTINIANI verbis utar, quo magis in tuto ipsi sit creditum, initur.

Igitur, si solum contractum pignoris, separatum a principali, spectaveris; temere adfirmatur, utriusque utilitatem in pignore versari. Contra, benigniori iure, spectato totius negotii ambitu, dici potest: debitoris ignoti, maxime peregrini, aut, qui dubiae famae sit, ut non facile conditionem mutuae pecuniae inuenturus esse videatur, interdum interesse, ut dato pignore ipsi facilius credatur. Sed ne civili quidem iure id semper tuto adfirmabis: sunt enim eiusmodi species complures. Finge: te donare homini ignoto, aut liberalitatis exercendae causa honorarium promittere, & praeterea, ne quid dubitet, fidem promissi etiam pignore firmare; (MARCIANUS enim l. 5. D. de pignor. me docuit, ad quamcunque obligationem subinde adiungi pignus posse;) vides, tibi nec feri, nec meri in illo negotio: virtutis, & magni animi ostendendi, causa pignus a te obligatum esse, nihil ad te utilitatis, omne ad aduersarium, spectare. Quod uti honeste a te factum, ita non sine rusticitatis nota acceptum est a tuo creditore. Et profecto magis creditoris interest, tuto collocari pecunias, quam debitoris, pignore parato ubiuis non difficulter fidem inuenturi, refert, sibi pecuniam credi.

— fenerator Alsius,
iamiam futurus rusticus,
omnem redegit idibus pecuniam,
quarit calendis ponere b)

Hoc agnoscit POMPONIUS l. 6. pr. D. de pign. act. qui, si conuenerit, ut fundum pigneratitium tibi vendere liceat, tua, id est, creditoris, tantum causa, illud cautum esse adfirmat, ut ne quidem necesse habeas, ut vendas. Sed, cum teste VLPIANO l. 4. D. de pign. act. semper distrahere pignus liceat, si modo non conuenerit, ne liceat; apparet, omne pignus, creditoris gratia inprimis, constitui. Quae pacta, si IUSTINIANI philosophiam sequeremur, ita accipienda essent, ut & debitoris utilitatem continerent, quo facilius ipsi pecunia crederetur. Saepe igitur, & plerumque, creditoris tantum gratia pignus contrahitur. Nec timeo IUSTINIANVM, qui §. 4. I. q. m. re contr. obl. utriusque gratia pignus dari, affir-

b) HORAT. Epod. II. v. 67.

affirmavit: neque cum VLPIANO controuersiam exercebo, qui l. 5. ff. 2. *D. commodat.* ait, in empto, in locato, in dote, in *pignore*, in societate, verti vtilitatem vtriusque, adeoque & dolum, & culpam, a partibus præstari. Familiare enim est & imperatoribus & ICTis, negotii naturam subinde, ex illo, quod aliquando verum est, & interdum accidere solet, definire: sed hæc talia ius non faciunt. Cum enim naturam negotii exponunt, legibus, vt illud sit, quod non est, efficere non possunt, neque naturam omnino in potestate habent. Imo, ne quidem hic ipsis animus fuit, vt hæc talia perperuo vera esse nobis persuadeant. Eodem fere sensu de commodato & imperator, & ICTus, verba fecerunt, illud solam eius, cui commodatur, vtilitatem continere; cum neuter neget, & ob dantis, & ob vtriusque, vtilitatem commodari posse: vt puta, vt sponsa mea ornatio mei honoris gratia procedat, aut communis amicus ad coenam inuiteretur.

Apparet igitur, ex negotii formula nihil certi de vtilitate pignoris definiri posse, sed illam ex his, quæ in qualibet specie obueniunt, subinde æstimandam esse. Neque exigua quædam dantis vtilitas efficit, vt culpa levis tantum præstetur.

§. IV.

*Pignora
apud Roma-
nos inter res
charissimas
& maximi
pretii habi-
ta.*

Neque tam alienum fuit ab humanitate ingenium honestissimi, post hominum memoriam, populi, quin parcendum esse rebus amicorum, abstinendum rebus alienis, pignora, ab egentibus ad se delata, summo studio seruanda, atque ab omni iniuria defendenda, cogitarent. Inde euenit, vt si rem quandam præcipue loco habendam esse, & memoriam absentium imprimis continere, crederent, illi rei nomen pignoris, pignoris charissimi, accommodarent. Cum nihil tenerius moueat hominum animos, quam mutui amores; etiam quæ ab amantibus data erant, pignora appellabantur.

*formaque ante omnes pulchur Iulus
Sidonio est inuectus equo, quem candida Dido
Esse sui dederat monumentum & pignus amoris. i)*

Qui sensus humanitatis etiam rusticum ingenium apud VIRGILIUM tetigit. k).

*Has olim exuias mihi perfidus ille reliquit,
Pignora chara sui.*

Quid quod, ipsi liberi, quibus nihil magis parentibus natura commenda-uit, subinde pignora veteribus dicuntur: in quibus omnem & fiduciam positam habebant. quos solatium senectutis, voluptatem ætatis florentis, expectationem posteritatis continere, arbitrabantur.

Nate parum fausti memorabile pignus amoris. l)

Ipse

i) VIRG. Aen. V. v. 579.
ep. XI. v. 113.

k) VIRG. ecl. 3. v. 91.

l) OVID. Heroid.

Ipse BRUTVS TVLLIO pignus esse libertatis visus est: tanto studiosius colendus & retinendus memoria civium, quanto maius in libertate momentum felicitatis humanæ versari existimabat. *m)*

Hæc talia remissius a Romanis, aut incuriosius asseruata esse, existimas? Quibus inter res humanas vix quidquam maius & potius cogitare posse videbantur. Certe apparet, cum & ad appellanda illa, quæ homini post vitam carissima sunt, & inprimis amabilia, tractum sit pignoris nomen, sancta ipsis pignora fuisse, & religiosius, quam cetera, quæ patrisfamilias diligentis cura continentur, custodita.

§. V.

Sed, ne quis hæc dubia, atque incerta arbitretur; sequamur PAULUM, qui *l. 1. D. de R. I.* non ex regula ius sumi, sed ex iure regulam, *Maxima diligentia non obscure* præcipit. Igitur videamus, quid exegerint a pigneratitiis creditoribus leges Romanæ; ut intelligatur, ad quam diligentiam officia illorum referantur. *exigitur in legibus Romanis.* Primo PAPINIANVS *l. 40. §. 2. D. de pign. act.* soluta pecunia creditorem restituere iubet pignoris possessionem; sed ex VLPIANO discis, *l. 3. §. 1. D. commod. & l. 13. §. 1. D. de V. S.* quod si res quidem reddita sit, sed deterior reddita, non reddita omnino videatur; cum dicatur proprie res non reddita, quæ deterior reddatur. Quapropter non solum ALEXANDER *l. 3. C. de pign. act.* creditorem, qui agrum deteriore constituit pigneratitia obligari; sed VLPIANVS etiam, si rem pignori datam male tractauerit creditor, vel pignus vitium debilitauerit, hoc iudicio teneri, affirmarunt. Solos nimirum casus, qui prævideri nequeunt, excepit ALEXANDER *l. 6. C. de pign. act.* & manifestissimis rationibus, rem casu perditam esse, probari cupit *l. 5. C. eod.* Contra, si quid insolentius commissum, si pignus repositum, ubi publice reponi non solebat, ubi non satis a periculo tutum esse videbatur; damnat DIOCLETIANVS cum collega *l. 9. C. eod. tit.* Ex quibus rebus apparet, nihil, quod caueri possit, nihil, nisi quod prævideri nemo queat, nihil, nisi quod casu accidisse, liquidis probationibus, ostendatur; creditoris negligentiae remitti. Quæ si quis cogitet; non dubitabit, DIOCLETIANVM, atque VLPIANVM, qui *l. 19. C. & l. 13. §. 1. D. de pign. act.* præter culpam communem, etiam custodiam a creditoribus exigunt, solamque vim maiorem excusant, maius quoddam, quam ordinariam illam diligentiam, a creditore pigneratitio desiderare. Non ignoro, apud GAIUM *l. 2. D. de peric. & com. rei vend.* esse species quasdam, & minus plenæ, & plenæ custodiæ, quarum illa dolum duntaxat, hæc vero diligentiam continet; sed ubi custodia, præter diligentiam, & culpam communem, exigitur, quod VLPIANVS & imperator

rator legibus supra excitatis fecerunt, tunc fere plusculum, & gradum aliquem exactissimae diligentiae, iudicis arbitrio definiendum, indicari, disputatione non indiget. Certe, si res aestimata forte data sit, etiam periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestitutum recepit, VLP. IANVS docet, l. 5. §. 3. *D. de commod.* in qua specie multo magis creditorem de culpa leuissima teneri, nemo dubitat.

§. VI.

Segnitia non semper latam culpam notat.

Excusant PHILIPPVS A. & PHILIPPVS *impp. l. 8 C. de pign. act.* creditorem, cui nulla culpa, seu *segnitia* imputari potest. V. C. GERARDVS NOODT *n)* *segnitiem*, manu indocti interpretis adiectam, credit, & miratur, hoc neminem, ne se quidem, qui omnia videat, vidisse. *Segnitiam* enim latam duntaxat culpam, magnam atque nimiam illam, notare, imo stuporem, cum quis non intelligat, quod omnes intelligunt. Quare non patitur imperatores, ne quidem mortuos, nisi ex sua sententia scribere; sed vocem *segnitia* crudeli vulnere auerruncat. Dubito, ne *segnitiae* vox ad omnem omnino culpam accommodetur. Enimvero, diserte imperator negat, illum, apud quem res deposita est, culpae nomine, id est, *desidia*, (quae citra dubitationem *segnitiae* gemina est) & negligentiae, sed ex solo duntaxat dolo, qui culpam latam comprehendit, depositi iudicio teneri. Nihil apertius, quam *segnitiam* & *desidiam* hoc loco latae culpae opponi, atque ab illa segregari. Sed non obscurius PAPINIANVS l. 52. §. 1. *D. de fideiuss.* *segnitiae* nomine culpam mediam seu leuem comprehendit: ait enim fraudem, quae & latam culpam, ut dictum est, continet, seu *segnitiem* tutoribus damnum dare. Nemo ignorat, leuem etiam culpam in tutelae iudicio versari. Ipse FESTVS, quem vir clarissimus in partes suas vocat, *segnitiem* omni diligentiae aduersariam constituit: *segnities*, inquit, quod sine *nit mdo* quod vile aut honestum. Sed *niti* dicuntur, qui in negotio elaborant, neruos intendunt, opus vi magna, & studio insigni moliuntur. Praeterea, ne veterum, ad quos ille confugit, auctoritate destitui credamur, audiamus VIRGILIUM, qui aliquando. *o)*

Festinate, viri, nam, quae tam sera moratur Segnities?

Audias, illis, qui non festinant, *segnitiem* obici: sed festinationem facile apparet, esse officium hominis gnavi atque diligentis: adeoque segnes esse, in quibus diligentia & solertia studiosior, atque intentior, desideratur. CICERO etiam l. 1. *de oratore* *p)* de impudentia dixi, inquit, castigemus etiam *segnitiem*: ut intelligatur, quemadmodum impudentes sunt, qui libertatem

n) Obs. L. II. cap. 13.
orat. 100.

o) VIRG. Aen. II. v. 374.

p) CIC. L. I. de

tatem orationis continere intra modestiæ fines non possunt, ita *segnes* appellari, qui sine alacritate, sine concitatione mentis, sine studio verba faciunt. Idem ille etiam alio loco *q)* commendat, oratorem sine *segnitie* verecundum: atque segnem dicit, qui tunc animis cadit, cum non decet verecundari: quem spiritus & ingenium deserit, cum procedit ad dicendum. *ARRIVS MENANDER l. 6. pr. D. de re mil.* Delictum militis esse dicit, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: eiusque rei exempla crimina *segnitiæ* & contumaciæ ponit: ex quo loco apparet, omnes illos segnes adpellari, qui minus strenue, minus diligenter, imperata perfecerunt, quam exigit disciplina militaris.

§. VII.

Vis maior non venit in pignore, nullusque casus, qui culpa vacat, & præ- *Creditor de*
videri non potuit. Ita *VLPIANO l. 13. §. 1. D. de pign. act.* atque impe- *casu fortui-*
ratoribus *l. 5. 6. 8. 9. C. eod. tit. l. 19. §. 25. C. de pign.* visum est: ne in- *to non tene-*
tertritura quidem, id est, detrimentum, & vitium, quod res ex usu contraxit, *tur neque tu-*
cum illa sine creditoris culpa ad publicas necessitates adhibita est, teste *SCAE-* *men prorsus*
VOLA l. 43. §. 1. D. de pign. act. præstari debet: imo vero ne exusta qui- *us saxoni-*
dem insula, quæ creditori obligata fuerat, extinguatur ius pignoris; sed, si a de- *cum quod*
bitore restituta fuerit, secundum *LABEONEM l. 35. D. de pign.* iure pigno- *morte for-*
ris tenetur. Præterea *VLPIANVS* generatim, quidquid pignori commodi- *lita anima-*
vel incommodi fortuito accesserit, putat ad debitorem pertinere *l. 21. §. 2. D.* *lis, pignori*
de pign. Quid, quod ne actionem quidem personalem amittit creditor, quam *dati, credi-*
uis pignore amisso *l. 6. C. de pign. act. l. 3. C. de dist. pign.* Neque interest, *tum, amitti*
vium pignus, an carens anima, creditor acceperit; cum nec *animalium* casus *ubet.*
mortesque, quæ sine culpa accidunt, præcipiente *VLPIANO l. 23. D. de R.*
iur. l. 5. §. 4. D. commod. a quoquam præstentur; sed grege pignori obliga-
to, prioribus capitibus decedentibus; si totus grex fuerit renouatus, etiam no-
uus pignori teneatur *l. 13. pr. D. de pign.* aut, omnibus intermorientibus,
duret actio aduersus debitorem. Sed *Saxones* in illa parte a Romanis discesse-
runt. Placuit enim, animali, quod pignori datum fuerat, mortuo, sine culpa
creditoris, non quidem id, quod interest, præstari; sed tamen creditum amitti.
3. Landr. c. 5. Ita enim auctor speculi: *Stirbt aber ein Pferd, oder ein*
Vieh, in der Vorsatzunge, ohne jenes Schuld, der es unter ihm hatte, be-
weist er das, und kan auch sein Recht dazu thun, daß es ohne seine Ver-
warlosung gestorben sey, er gilt es ihm nicht, Er hat aber sein Geld verlo-
ren, da es ihm von vorseht stunde, ihr Gelübde stunde denn anders. Qui
locus dici non potest, quantæ iniquitatis accusatus sit ab interpretibus. Mihi
videtur, ferri posse non prorsus inepta maiorum consuetudo. Ne Romanis qui-
dem

dem plane incognita, aut ab ipsis improbata fuit. ALEXANDER enim l. 6. *C. de pign. act.* ait, pacto constitui posse inter contrahentes, ut debitor, pignore etiam sine culpa creditoris amisso, liberetur. Sed constat, de quibus pacisci possumus, illa etiam moribus, & legibus definiri posse, citra notam manifestæ iniuriæ, & iniquitatis. Imo PAVLLVS creditorem, qui ipse pignus ceperat, & invito debitore ratem eius retinuerat, iubet ratis periculum præstare l. 30. *D. de pignerat. act.* Ex quibus apparet, non penitus iniquam Romanis visam esse consuetudinem, qua creditor, amisso pignore, subinde etiam creditum amittit. Præterea Romani pignoris traditionem in quibusdam causis venditioni compararunt. l. 1. §. 2. *D. quæ res pign.* & l. 16. §. 9. *D. de pign.* Quæ igitur invidia est, Saxones debitoribus, qui res suas creditoris rapacitati permiserunt, idem laxamentum, quod venditoribus datur, concessisse, ut, pignoribus casu fortuito amissis, subinde liberentur. Inprimis, cum creditor interdum æque, atque emptor, usurarum loco, etiam fructus pignoris lucretur, propter quorum perceptionem aiunt ad emptorem periculum rei venditæ spectare. Certe, si rationem naturalem sequamur, creditor conqueri non poterit, si pignore, cui incumbibat, amisso, actio in debitorem ipsum denegetur; cum ipse ab initio maluerit fidem pignoris sequi, quam personæ: aut tamen tutiorem existimaverit pignoris possessionem, quam fidem debitoris. Secum queratur, quod homini non crediderit, sed spem in AGELLO eius posuerit, aut in insula, aut boue, quem pignori accepit: quo tradito putavit, se suum perdere non posse. Durum est, debitorem, hominem plerumque rerum omnium egentem, a creditore non solum fenore necari; sed etiam pignoribus, & fortunis, spoliari: & præterea etiam ex contractu conveniri, adeoque in triplex damnum incidere, crudelitate debitoris & fortunæ. Multo rectius MARTIALIS, loco a me supra indicato, in pignore accepto adquiescere iubet creditorem, qui suam fidem contempserat. Neque enim iniquum est, ut creditor viam, quam elegit, ambulet, & pignore arrepto, fortunam pignoris sequatur.

Sed maxime mortuis animalibus, de quibus tractat auctor speculi, creditum amitti, æquitas insignis videtur postulare. Enimuero, si magnam veterum paupertatem cogites, Saxonum inprimis, quorum artes usu militiæ, & cura ruris auiti, diuitiæ equo forte, quo in hostem veherentur, & exiguo grege pecudum, quo familiam alerent, continebantur; merito seuerius statutum est in creditores, immemores humanitatis, qui debitoribus etiam equos, etiam pecudes, quibus fere solis vitam tolerabant, abstulerunt: quibus obligatis, sua omnia, imo, quod sanctissimus legislator ait, Deut. 24, v. 6. animam suam, & illum, quem trahebant, spiritum, obligauisse videbantur. Non placuerunt eiusmodi pignora Romanis: certe nolebant, generali obligatione supellectilem, vestem, ne-

necessaria ministeria, & quæ ad vsum quotidianum habeantur, contineri. l. 6. & 7. D. de pignor. Pie etiam CONSTANTINVS, item HONORIUS & THEODOSIUS l. 7. & 8. C. quæ res pign. illa, quæ ad culturam agri pertinent, bones aratores inprimis, pignoris causa de possessionibus abstrahi, prohibuerunt: postea etiam quadrupli pœna in illos, qui in res eiusmodi vi inuadant, constituta, *auth. agricultores C. eod. tit.* Quis igitur faueat crudelitati creditoris, qui ne equo quidem & pecudî, hominis egeni, id est, ne vitæ quidem debitoris, in summis necessitatibus, pepercit? Multo rectius constitutum est, vt, in pœnam morositatis suæ, pignore amisso, etiam debitum amittat: neque ideo miseratione dignus erit, cum potuisset, ne mortuo pignore creditum amitteret, pacto interposito, sibi prospicere. Quod cum intelligeret Serenissimus Legislato Augustus P. H. C. El. 26. non prorsus damnauit veterem consuetudinem; sed fraudes tantum improborum, qui lege abutebantur, & interdum de industria pecus morbidum creditoribus pignori tradebant, vt dein mortuo pignore liberarentur, iustissime notauit. Weil aber solche Ordnung nicht allein den gemeinen beschriebenen Kayserslichen, sondern auch denen natürlichen Rechten etwas zuwider läuft; so wollen wir, auf unterthänigste Erinnerung unserer Verordneten, die Disposition des Sächsen-Rechts in diesem Fall wieder aufgehoben, demselbigen derogiren, und daneben verordnet haben, daß fortan, nach gemeinen Kayserslichen Rechten, disfalls gesprochen und erkannt werden soll. Ex hac enim causa merito emendata est lege sanctissima vetus, ceteroquin non penitus inepta, consuetudo. Illud expeditum est, pignoribus, in quæ luditur, quod subinde licet, teste PAVLLO, l. 4. pr. D. de aleat. casu amissis, nihil victoribus deberi.



XVII.

D I S S E R T A T I O

D E

TRANSLATIONE MORTVORVM
PER TERRITORIVM ALIENVVM.

AD LEG. 3. §. 4. D. DE SEPVLCHRO VIOLATO.

VITEMBERGAE, AD DIEM IVLII A. Q. S. P. EST, MDCCXXXIV.

§. I.

*V*ulnus in funere patris patriæ, *Augusti* II. cuius memoria pietate ciuium, gloriaque rerum gestarum, consecrata, atque aduersus omnem obliuionem munita, vereque immortalis est, superiore anno acceptum, haud ita pridem recrudit, cum augusti corporis reliquiæ ex loco, in quo temporis gratia depositæ erant, Cracouiam, in tumulum regum Poloniæ, quali æternam in sedem, & domum, ^{a)} quo nomine veteres locum sepulturæ perpetuæ destinatum appellabant, inter ciuium, & exterorum, planctus & lacrymas, & copelamationes, transferrentur. Quæ res tanto magis affecit Saxones, tantoque altius in animos descendit, quanto maius rex indulgentissimus, atque post hominum memoriam optimus, apud bonos omnes reliquit desiderium sui, & quanto magis conuenire nobis videbatur, vt tanti *regis*, etiam defuncti, corpus, inter tot regiarum atque incomparabilium virtutum monimenta, quibus omnis ætas illustrabitur, ad posteritatis memoriam, & gloriam gentis nostræ, quæ hoc vno rege mirifice aucta est, in tumulo maiorum, in sede patria, asseruaremus. Sed, quandoquidem fortuna nobis mortuum inuidit, cuius viuientis beneficiis innumeris, atque immortalibus, ornati sumus; hac consolatione vtimur, quod viuam eius, & præsentissimam, imaginem in Augustissimo rege, filio, *Augusto* III. patre patriæ longe clementissimo, intueamur, fructumque felicitatis, quam ipse nobis peperit, dispensatore rege, tanti nominis herede, capiamus. Interea, cum pompa, & cerimonia, qua corpus regis immortalis, iustæ & perpetuæ tradendum sepulturæ, more maiorum transuectum est, versaretur ante oculos, & sub idem fere tempus ad ordinem Ictorum, in hac academia, acta ab exteris transmitterentur, quibus de iure permittendi, vt mortui corpus per territoria oppidorum transuehi posset, disceptatum erat; venit in mentem, altius

a) l. 40. D. de religios. l. 4. C. sepulch. viol. G R V T. insc. f. 790. n. 5. it. 903. n. 6.

tius repetere morem transferendi reliquias, & quorum auctoritate illud fieri debeat, commentatione luculenta comprobare; ut sensum, & significationem pietatis, ac doloris nostri, cum aliqua spe utilitatis, coniungamus.

§. II.

Romani quidem tanto diligentius locum quieti æternæ ^{b)} deligebant, quanto magis, gens dedita religionibus, animas, corpori superstites, attingi sensu illorum, quæ reliquiis corporis accidissent, arbitrabantur. Inprimis, ut inter suos, & familiares, in tumultu maiorum, in patria quiescant, expetendum esse, crediderunt. Hinc toties corpora tralata ^{c)} corpora collecta, ut in patria deinde reponantur ^{d)} ossa exportata ^{e)} ossa in urbem relata, & sepulchro condita, ^{f)} ossa ex Sardinia translata ^{g)} reliquias Romam latas ^{h)} reliquias traiectas, ⁱ⁾ veteres apud GRUTERUM lapides loquuntur. Certe OVIDIUS NASO, ne sibi post mortem inter umbras Sarmaticas oberrandum sit, timuit, &, quia illud omni exilio, atque ipso animæ interitu, durius esse videbatur, ut ossa Romam in urna referantur, coniungi præcepit. ^{k)}

Non infens
apud
Romanos
translatio
reliquiarum.

Atque utinam pereant animæ cum corpore nostræ,
Effugiatque avidos pars mihi nulla rogos!
Nam, si morte carens vacuum volat altus in auram
Spiritus, & famuli sunt rata dicta senis;
Inter Sarmaticas Romana vagabitur umbras,
Perque feros manes hospita semper erit,
Ossa tamen facito parua referantur in urna.
Sic ego non etiam mortuus exulero.

Quod ne quis poëtæ duntaxat ineptæ vanitati tribuat, audiamus VLPRIANVM, qui, quamvis l. 14. §. 3. D. de religiof. sumptus funeris causâ factos terminis angustis circumscribat, illosque tantum admittat, sine quibus funus duci non possit; tamen eadem lege, §. 4. etiam impensam peregre mortui, quæ facta est, ut corpus perferetur, itemque si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum, id est, interprete PAVLLO l. 40. D. eod. deponendum, donec mortuus alibi sepeliatur, factum sit, funeris impensam esse affirmat, illique sumtui privilegium tribuit: ut intelligatur, non hoc superuacuum: aut inutile, & superstitiosum, Romanis visum fuisse, sed necessarium omnino, & legi humanitatis convenientissimum, ut reliquæ demortuorum in tumultum maiorum perferantur. Certe POMPONIVS l. 112. §. 2. D. de condit. & demonstrat. adscribi hanc conditionem legatis solere, ait, ut certa pecunia in funus, impensam-

b) GRUT. inscript. f. 525. n. 6. & 7. 567. n. 8. 580. n. 3. & alibi passim.
c) GRUT. inscr. f. 662. n. 8. d) Id. 607. n. 1. e) Id. 871. n. 2.
f) Id. ibid. g) Id. 789. n. 1. h) Ibid. 594. n. 7. i) Id. 578.
n. 1. k) OVID. lib. trist. III. eleg. 3. v. 60.

samque *perferendi corporis* in aliam regionem, daretur: quæ nisi exsoluatur, legatum non deberi. Extat testamentum cuius Romani apud SCAEVOLAM, l. 30. ff. 2. *D. de adim. & transf. leg.* quo ab heredibus petierat, ut, si in provincia decessisset, sexaginta Lucio Titio darentur, ut is *corpus* eius curaret in patriam *reportari*: & adiectis codicillis, ut, si in via aliquid humanitus accidisset, *corpus* in Campaniam, & monimentum filiorum, *transuehi* curarent, postulauerat. Quæ superstitio, inducta a Græcis, videtur fusa per gentes. & oppressisse omnium fere animos, hominumque imbecillitatem occupasse. Enim vero Græci, teste SVIDA ^{l)} atque HARPACRATIONE, τὰς ἀπεσεσημένους τῶν προγονῶν τάφῳ, illos, qui maiorum tumulo exclusi, ἀποτάφους, semotos a sepulchro, cum quadam ignominia, aut certe tristissimæ conditionis, nota, appellabant. Quid, quod Athenienses illud pœnæ sensum continere crediderunt, constituta lege, ut decoctores, & qui patrimonium consumpserant, ταφῇ ἐν πατρὶδι sepulchri in patria honore, indigni iudicentur: quæ res Democritum, teste DIOGENE LAERTIO ^{m)} mirifice commouit, atque, ut bene mereretur, illamque maculam eluere studeret, concitauit. Quod cum imitarentur etiam Romani, quo quique sublimiori in gradu fortunæ, atque dignitatis, erant constituti, tanto magis, ut conderentur in patria, operam dederunt, principes imprimis, & quicunque e domo Augusta prodierunt. Ipsius Octauii Caesaris AVGVSTI corpus, prodente TRANQVILLO, ⁿ⁾ decuriones municipiorum & coloniarum a Nola Bouillas vsque deportarunt noctibus: a Bouillis equester ordo suscepit, vrbique intulit: mox cremati corporis reliquias primores ordinis equestris collectas in Mausoleo condiderunt. DRVSVS, patrem Germanici, Augustus, asperrimo hiemis tempore, Ticinum vsque obuiam progressus, mortuum excepit, neque abscedens a corpore, deduxit in urbem, defletum in foro, laudatum pro rostris, omnibus ornamentis cumulauit: quod TACITVS ^{o)} factum esse *more maiorum*, atque instituto veterum, testatur. Germanici cineres Agrippina transuexit Romam, & tumulo Augusti intulit ^{p)} accensis hominum studiis, in publica omnium bonorum comploratione. Cuius honoris sensus etiam fœminas videtur tetigisse. Certe Nero, lenitatis documentum editurus, permisit, ut LOLLIAE PAVLLINAE, ^{q)} quæ cum Agrippiana de matrimonio principis certauerat, ^{r)} exulis, cineres reportarentur. Praetereo cetera, quæ vulgata sunt, & omnibus antiquitatis monimentis continentur.

§. III.

*Publica
ceremonia*

Solent animi imbecilli, quanto magis incerta sunt, quæ timent, tanto maioribus subinde suspicionibus accendi. Dici non potest, quam superstitiosa so-

^{l)} SVEDAS VOCE: ἀποτάφους, t. I. p. 396.

criti l. IX. legm. 39. p. 571.

annal. III. c. 5.

annal. XIV. 12.

^{m)} DIOG. LAERT. in vita Demo-

ⁿ⁾ SVETON. in vita Aug. C. 100.

^{o)} TAC.

^{p)} TACIT. l. III. annal. c. 1. & 4.

^{q)} TACIT.

^{r)} TACIT. ann. XII. 22.

solicitudine cauerint Romani, ne, dum pietatis causa reliquias transferrent, aliqua mortuorum ^{transfere-} quid committeretur, quod ipsis esset piis manibus molestum. Igitur totum hoc ^{bantur.} negotium plenissimum est religionum, & ineptiarum. Primo, ne, dum moueretur corpus, illud quisquam nudum inspiceret, vetabant; quandoquidem, praecipiente PAVLO, l. i. sentent. tit. 21. §. 4. & l. ult. D. de sepulch. violat. qui corpus perpetuae sepulturae traditum, vel ad tempus alicui loco commendatum, nudauerit, & solis radiis ostenderit, piaculum committit, ideoque, si honestior sit, in insulam, si humilior, in metallum datur. Imo illi, qui corpus Germanici, etiam antequam cremaretur, & sepulchro traderentur reliquiae, in foro Antiochenis nudauerant, & vulgi oculis contractandum permiserant, ut de signis veneficii cognosceretur, reprehensionem Tiberii non effugerunt: s) cum & Graeci, teste SVADA, r) corpus mortui, *Θεάμα τῷ ἡλίῳ ὁδὸν φιλόν*, ingratum soli spectaculum esse, arbitrarentur. Eodem consilio Demetrius u) mortuos ante solis ortum efferre iussit; ne deorum manium religio conspectu hominum contaminetur: vnde faces postea, etiam causa abrogata, funeribus adhibitae videntur, quia moris fuerat, noctu mortuorum corpora cremare: quod FORNERIVS observat. x) Morem reduxit IULIANVS l. 5. C. Theod. de sepulch. violat. qui noctu cadauera efferri iussit, cum & obuiis interdiu grauis sit cadaueris, & pompae funebris, conspectus, & mortuorum non interfit, quo tempore omnino efferantur, illi denique, ad quos lugendi officium pertinet, commodius, & verius secreto, quam cum suspitione ostentationis, in concursu hominum, deflere funera suorum posse videantur. Certius ad sumptus minuendos pertinuit, quod corpora ante solis ortum efferebantur. Illud & CICERO affirmat, y) qui Demetrium sumptus funeris non solum poena, sed etiam tempore, cum ante lucem efferri iussisset, minuisse, tradit: & FESTVS, z) docet, qui vespiliones dictos tradit, quia vespertino tempore eos efferunt, qui funebri pompa duci propter inopiam non possunt. Sed, quid circa efferendos mortuos Romae constitutum sit, iam vix attinet monere. Id expeditum est, non transferri mortuorum corpora, nisi noctu, potuisse, idque imprimis, ne impensae perferendi corporis in infinitum excrecant, quae decemviri Romani tab. X. coercuerunt, a) constitutum. Augusti corpus decuriones a Nola Bonillas usque, noctu deportarunt, atque interdiu in basilica cuiusque oppidi, vel aedium sacrarum maxima, reposuerunt: quod SVETONIVS TRANQVILLVS b) propter anni tempus factum esse tradit. Sed maior fides est PAVLO,

Q 2

LO,

s) TACIT. annal. II. c. 73. & l. 3. c. 12.

r) SVID. t. I. p. 128. voce ἀκηδής.

u) CIC. l. II. de legibus c. 26. circa finem libri p. m. 451.

x) RADVL-

PHVS Fornerius l. VI. rer. quotid. c. 13.

y) CIC. l. II. de leg. loc. cit.

z) FESTVS in voce vespæ. vide RAEV. de reg. iur. c. 138. t. I. op. p. 392.

a) vid. GRAVIN. orig. iur. ciu. t. I. p. 281.

b) SVET. in vita Augusti

c. 100.

10, qui *l. 1. sent. 21. §. 1.* generatim corpus perpetuae sepulturae traditum, non nisi per *noctem*, in alium transferri locum posse, praecipit; ut vix sit locus dubitationi, illud vel religionis, vel sumptus minuendi, causa fuisse introductum.

Noctu igitur demortuorum corpora transferebantur. Sed si per longum iter deducenda essent, *cremabantur* antea, ut in urna reliquiae transportari possent, constituto interdum illic, ubi cremata erant, cenotaphio, id est, quod TACITVS ^{c)} appellat, imaginario sepulchro. Si tamen res ferebat, malebant Romani in patria, reportato corpore integro, cremari. Sane, in Germanici funere, vulgus vociferabatur, corpus ob longinquitatem itinerum, in externis terris, quoquo modo crematum esse: sed tanto plura decora mox tribui par fuisse, quanto plura prima fors ipsi negauisset: ^{d)} ut intelligi possit, inter incommoda fortunae, & calamitates, numeratum, si non corpus integrum, sed cineres duntaxat, referrentur. Hoc sibi volunt lapides apud GRVTERVM, qui modo *reliquias* collectas, ^{e)} & ossa tantum exportata ^{f)} modo *corpora* integra ^{g)} translata, profitentur. Testis etiam est PAVLLVS *l. 40. §. 44. D. de relig.* FLORENTINVS *l. 42. D. eod.* & VLPIANVS *l. 8. f. D. eod.* inter *corpora* translata, & *reliquias* relatas, discrimen aliquod intercessisse. Quod meretur observari, quia quibusdam gentibus inter Romanos, & Cornelii inprimis, usque ad syllam, teste TVELLO ^{h)} illa fuit priuata, & familiaris religio, ut igni noluerint cremari, sed corpus integrum, quasi operimento matris obducitur, in sepulchro maiorum collocari.

Igitur aut corpora, aut ossa tantum, & reliquiae, transferebantur: sed, cum, si corpus moueas, diis manibus, qui ad corporis reliquias adhaerent, & cum illis conquiescunt, controuersiam de loco facere, & de sede illos sua deturbare videaris; placuit, non nisi facto PIACULO, aut, quod PAVLLVS ait *l. 1. sent. tit. 21. §. 1.* redditis solennibus sacrificiis, corpus perpetuae sepulturae traditum, ex finibus sepulchri pristini transferri. M. Vlpium, Augusti liberti, reliquiae, si lapidem apud GRVTERVM ⁱ⁾ audiamus, facto *piaculo*, ex permisso collegii pontificum, traiectae. Hoc videtur mouisse LABEONEM, atque VLPIANVM, ut *l. 8. pr. D. de relig.* iniuriarum actionem aduersus illos concederent, qui ossa ab aliis illata, vel corpus, effodere, vel eruere, sine decreto pontificum, aut iussu principis, qui pontificum auctoritate utebatur, ausi sint: cum publice intersit, ne temere religiones perturbentur. Sed de illo argumento GVTHERIUS, in libro *de veteri iure pontificio* ^{k)} commentatione inculenta exposuit. Facto piaculo, corpus aut reliquiae *suscipiebantur* ab illis, qui

c) TACIT. annal. l. II. c. 74. & 83.

inscript. fol. 578. n. 1. & 594. n. 7.

g) Id. fol. 662. n. 8. & 607. n. 1.

i) GRVT. fol. 578. n. 1.

d) TACIT. l. III. annal. c. 5.

f) Id. fol. 789. n. 1. & 871. n. 2.

h) CIC. de leg. l. II. p. m. 448.

k) GVTH. de vet. iure pontif. II. c. 9.

qui necessitudine, & sanguinis cognatione, aut alia in defunctum pietate, atque coniunctione amicitiae, proxime attingebantur. Enimvero videntur in illius rei administratione plerique suae fidei, & obsequii, gloriam omnino quaesivisse, & supremo officio, cum voluptate, & ostentatione aliqua, defuncti. Si *martiali* ^{l)} fides est:

Retulit ossa sinu cari *Nigrina* mariti,
Et quæstæ est longas non satis esse vias,
Cumque daret sanctam tumulis, quibus invidet, urnam,
Visa sibi est raptò bis viduata viro.

Augusti corpus *decuriones* municipiorum & coloniarum deportarunt, & *Bo-*
uillis equester ordo suscepit, atque in urbem intulit, & in vestibulo domus col-
locavit. ^{m)} *AGRIPPINA*, quanquam defessa animo, & aegro corpore,
omnium, quae ultionem morarentur, intolerans, adscendit classem, cum *cine-*
ribus Germanici, & liberis: cunctis miserantibus, quod femina, nobilitate
princeps, pulcherrimo modo matrimonio, inter venerantes, gratantesque adspi-
ci solita, sinu ferret reliquias ferales. ⁿ⁾ Mox magistratibus *Calabriae* *Caesar*
edixit, ut suprema munera erga memoriam filii sui fungerentur, qua propter
tribunorum, *centurionumque* humeris cineres deportabantur: ^{o)} quia funera
ex domo augusta magis ad rempublicam, quam ad sanguine & necessitudine
coniunctos, & familiam funestam, pertinere videbantur. Dum haec pompa
ducebatur, illi, quorum conspectissima esse pietas debebat, obuii planctu, atque
comploratione, dolorem animi, & studium suae pietatis, testabantur. *Augu-*
stus, asperrimo hiemis tempore, *Ticinum* usque progressus, a *DRUSI* corpo-
re, donec urbem simul intraret, non abscessit. Sed *TIBERIO* ^{p)} obiectum,
quod neglexerit veterum instituta, quod ne fratres quidem nisi unius diei via,
non patruus, saltem porta tenus, obuii *Germanici* funeri fuissent. His cere-
moniis traductum in patriam corpus inferebant tumulo maiorum, defletum an-
te, & laudatum, inter carmina, & lacrymas, & doloris alia incitamenta. ^{q)}

Sed his quidem ritibus *mortui translati*. Satis fuerit, illa digito in-
dicauisse.

§. IV.

Huius moris vestigia etiam apud posteros apparent. Ne nostri quidem, *Lex natu-*
quamvis sublata superstitione, a ritibus & ceremoniis, quibus in *translatione* ^{valis non}
mortuorum locus est, abhorrent. Certe plurimi, etiam hodie, ne seiungan- ^{dammat nec}
tur a parentum tumulo, & domo aeterna, & ne peregre obeant, aut, si quid ^{improbat}
ipsis humani acciderit, ut tamen vel mortui reuertantur ad suos, ut loco com- ^{translatio-}
nem mortuo- ^{rum.}

Q 3

^{l)} MARTIAL. l. IX. epig. 31. ^{m)} SVET. vita Aug. c. 100. ⁿ⁾ TACIT.
l. II. annal. c. 75. ^{o)} Id. l. III. c. 2. ^{p)} TACIT. lib. III. annal. c. 5.
^{q)} Id. loc. cit.

modo, & læto, & opportuno conquiescant, precantur, optant, iubent, modis omnibus impetrare, & efficere laborant. Quæ res a quibusdam magis, quam fas erat, derisa, & indignius accepta est: quibusdam etiam in mentem venit, resistendum superstitioni: voluntati moribundorum, qui talia postulant, obnitendum: certe illam non adimplendam esse: nulla mortuis officia deberi: corpora defunctorum, non eo, quo ipsis, dum viuerent, visum fuerit, sed, quo viuentibus in præsentî commodissimum esse videatur, transferenda esse: alioquin, illo obsequio foueri ineptias, & superstitiosas sollicitudines, quæ, cum vires acceperint, opprimant animos, vt euelli penitus non possint. Quæ res videtur habere rationem; cum &, si quid sentirent mortui, certum sit, parum referre, quo ossa, & reliquæ corporis, breui dilapsuræ, reponantur: & præterea probabile sit, quod ossa, quæ morte examinata sint, sensu careant, nihilque rebus nostris attingantur, adeoque & iura ipsorum inter viuos morte infirmantur, atque exspirent, hinc neque nos omnino vilius erga ipsos officii religione obstringamur. Ita CÆCILIVS apud MINVCIVM FELICEM ^{r)} philosophatur: „& ridet illorum ieunas ineptias, qui rogos exsecrantur aut ignium „damnant sepulturas: quasi non omne corpus, etsi flammis subtrahatur, annis „tamen, & ætatibus, resoluatur: nec intersit, vtrum feræ diripiant: an maria „consumant, an humus contegat, an flamma subducat cum cadaueribus omnis „sepultura, si sentiunt, pœna sit, si non sentiunt, ipsa conficiendi celeritate, medicina. In eandem sententiam ipse MINVCIVS alibi: ^{s)} corpus omne, in „quit, siue arefcit in puluerem, siue in humorem soluitur, vel in cinerem com- „primitur, vel in nidorem tenuatur, nobis subducitur; sed Deo, elementorum „custodi, reservatur. Nec vllum damnum sepulturæ timemus, sed veterem, & „meliorem, consuetudinem humandi frequentamus. „ Quæ si vera sint, & vana morientium de sepultura sollicitudo, & viuorum in illa re obsequium, esse superstitiosum videri possit. Sed, aut omnia me fallunt, aut meretur excusationem electio sepulchri, & desiderium translationis: certe, qui morientibus in illa parte obsequuntur, tantum abest, vt peccent, vt potius ausim affirmare, illos, qui supremis defunctorum precibus pertinaciter, & sine causa, obnitiuntur, parum esse memores humanitatis. Si enim incertum est, vtrum animæ defunctorum, quid corpori & reliquiis accidat, ignorent & curent, & vtrum illa omnino persentiscant; quid accommodatius est ad miserationem conditionis humanæ, quam obsequi petentibus, & parere ipsorum voluntati, in illis rebus, quæ innocuæ sunt, & parum nobis incommodi afferre possunt: cum, vti mortuorum, ita certe & viuentium, non multum intersit, quo tumultu cuiusque reliquæ condantur, adeoque facile sit in illis rebus obsequium. Imo vero Abraham

^{r)} MINVC. FELIX in Octauio c. XI. §. 3. quem locum mihi Illustris BOEHMERVS in iure eccles. l. III. tit. 28. §. 2. indicauit. ^{s)} MINVC. FELIX octau. c. 34. §. 11.

ham mirifice laboravit, de aedificando hereditario sepulchro, ¹⁾ & Iacobus, ²⁾ desideravit, ut translato corpore, in tumulum parentum inferretur, & Iosephus ³⁾ suos iurisiurandi religione obstrinxit, ut in sepulchrum, in quo maiorum ossa sita sint, corpus demortuum transferrent. Quos cum nemo vanitatis, aut superstitionis, accusare possit; durum est, & a veritate alienum, preces morientium, qui alio funus transferri postulant, superstitiosas, & penitas ineptas esse. Sin vero expeditum esset ignorare animas, quid cum corpore agatur, aut certe in exiguo discrimine ponere, quocunque reliquiae ipsorum loco reponantur; darem omnino, mortuis quidem illud non deberi & morituros desiderare non posse, ut corpora ipsorum in locum, quem ipsi elegerint, post mortem transuehantur. Sed quid de viventibus dicemus, quorum animos illa, si qua est, superstitio, aut potius opinio, inuasit, atque occupavit? quantis timoribus, quanta sollicitudine implebuntur homines imbecilli, cum videbunt, alios, post mortem indignius tractari, & ne hoc quidem decedentibus tribui, ut, quo velint, loco conquiescant: cum idem sibi accidere posse intelligant, quod aliis accidisse, cum dolore, cognoscunt. Certe vel hac sola ex causa, nisi gravius quid obstat, obtemperandum est in illa parte voluntati defunctorum, & diligentius custodiendae reliquiae, ne animos viventium suspitione impleamus, atque perturbemus, mortisque conditionem, per se duram, illo timore duriores, ipsisque intolerabilem reddamus. Ideoque, si hoc mortuis non debemus, tamen ad officia vivis praestanda pertinet, ut voluntati defunctorum obsequamur, & mortuorum reliquias ab omni indignitate defendamus. Sed ais, ita foueri superstitiones, quas satius sit, animis eradicari, & euelli. Imo vero argumentis & rationibus, illa, si qua est, superstitione homines leuari, illoque metu liberari, salutare est; sed vi, & imperio, timores superstitiosi non expugnabuntur: qui, quo studiosius illis resistas, tanto altius animis insident, & penitus infiguntur, ut deinde excuti, & ab animis remoueri penitus, non posse videantur.

§. V.

Igitur naturalis ratio permittit, ut corpora defunctorum, & cineres, In XII. reportentur in patriam, & in tumolos maiorum inferantur. Seuerius de- *tabulis prohibita trans-*
cemui illa funebria, quibus luctus augetur, in XII. tabulis videntur su-
stulisse. Ita enim tabula X. quae de iure sacro agit, teste Cicerone ⁴⁾ *praeceperunt:*

HOMINI MORTVO OSSA NE LEGITO QVO POST FVNVS FACIAS
EXTRA QVAM SI BELLI ENDOVE HOSTICO MORTVVS ESCIT.

Id

¹⁾ Genes. XXIII, 20. & XXV, 8.

²⁾ Genes. L, 29.

³⁾ Genes. L, 29.

⁴⁾ Cic. L. II, de leg. p. m. 449.

GRAV. de iure nat. gent. & XII. Tab. p. 282.

Id est, ne hominis mortui ossa colligantur, funeris postea faciendi causa, nisi belli, aut peregre, mortuus fuerit. Generatim igitur decemviri prohibuerunt, mortuorum reliquias in patriam referri, solamque bellicam, & peregrinam, mortem exceperunt. Nihil enim apertius, quam de mortuorum, & ossium, in patriam translatione decemuiros sensisse. Noluerunt enim ossa hominibus legi, quo *postea*, id est, alibi, forte in patria, post translationem funus, fiat: solisque illorum, qui belli ceciderint, aut in hostico, id est, solo peregrino, diem obierint, heredibus dederunt facultatem, transferendi reliquias, & funus in patria deinde faciendi. Sed negat hoc RAEVARDVS, ²⁾ atque more suo argutatur. Ait enim hac lege interdictum, ne homini mortuo *membra* abscindantur, ad quae postea iusta funebria sunt, reliquo corpore combusto. Hunc morem a FESTO ^{a)} etiam notari, qui: *membrum*, inquit, *abscindi mortuo dicitur, cum digitus eius, deciditur, ad quem servatum iusta fierent, reliquo corpore combusto.* Hanc superstitionem, quae in duplici funere faciendo posita erat, illa lege abrogasse decemuiros, non vero de collectione ossium, & translatione reliquiarum in patriam, cogitavisse. Multum enim interesse credit, inter has formulas: *homini* ossa legere, tertio, seu dativo casu, quem Grammatici appellant, & *hominis* ossa legere, secundo casu. Hominis enim ossa legere, idem esse ait, ac, reliquias omnes colligere, & in patriam, aut quocunque visum sit, transferre: hoc nunquam a decemviris fuisse interdictum: sed ossa *homini* legere, quod decemviri prohibeant, notare ossium, non omnium, sed unius duntaxat digiti, ademptionem. Hoc ex SENECA comprobatur: qui medicos dicit, aegros interdum lacerare, & ossa vivis legere, id, RAEVARDO interprete, singula membra adimere, ne totum corpus corrumpatur. Sed, quamvis & RITTERSHVSIUS ^{b)} & THEODORVS MARCILIUS ^{c)} cum RAEVARDO consentiant; tamen videntur magis decemviri generaliter collectionem, & translationem funerum, interdixisse. Enimvero de membrorum ademptione, & pluribus funeribus uni homini non faciendis, lectisue pluribus non inferendis, paulo post, eadem tabula, decemviri, lege alia, constituerunt; ut vix credi possit, illos in tanto brevitatis studio, idem bis dixisse. Deinde, quod militiae, & peregre mortuos illa lege exceperunt, ex miseratione peregrinitatis profectum est, cum, quod supra comprobatur, nihil durius Romanis, quam umbras suas post mortem inter barbaros, quasi extorres & exules vagari, visum fuerit, & ciues omnium gentium, maluerint in patria conquiescere, in tumultu maiorum. Igitur accendendae virtutis causa, &

2) RAEVARD. ad leg. XII. Tab. c. 15. Tom. Op. I. p. 66.
membrum abscindi.

a) FESTVS, voce:

b) RITTERSHVS. ad XII. Tab. cap. 7. p. 28.

c) THEOD. MARCIL. interpret. XII. Tab. c. 94.

& maxime ne milites sepulturae cogitatione debilitarentur, & mortem atque vulnora in bellis externis, contra barbaros, timerent, placuit, corpora illorum in patriam transferri. Sed parum illis profuisset, digitos ipsis mortuis abscindi, atque in patriam referri. Ita enim animae & manes non fuissent in patriam relati: quandoquidem ea Romanos superstitio tenuit, si pluribus in locis membra singula sepulta sint, manes, in illo loco, ubi caput conditum fuerit, haerere: quapropter *PAVLLO l. 44. D. de rel.* videtur ille tantum locus religiosus, ubi pars principalis conditur, reliqua sepulchra, quibus aliae hominis partes contineantur, profana esse. Itaque si militum superstitioni illa lege consulendum fuit, non digiti, sed corpora, & omnes reliquiae, transferri debuerunt: imo vero innumera exempla comprobant, non digitos militum, sed integra corpora, & omnes reliquias, ex locis, in quibus ceciderunt, exportatas, & in patriam relatas; ut dubitari non possit, illa lege Decemuiros generatim de corporum translatione tractauisse. Quod vero *RAEVARDVS* de casu tertio, seu dariuo, adducit, videtur exigui momenti. Saepe enim promiscue utroque casu, eodem sensu, utimur. Certe, uti recte dicitur, funus *homini* fieri, ita & recte, ossa *homini* legi, decemuiros dixerunt: ut non habeat *RAEVARDVS*, cur illud de ademptione vnus digiti interpretetur.

§. VI.

Solis igitur peregre, aut militiae mortuis tributum, ut, quod cetero- *Belli & in itinere mortuorum translatio permessa.*
quin decemuiros interdixerant, ipsorum corpora reportarentur. Illorum, qui in itinere mortui essent, integra corpora, aut cineres, & ossa etiam, Romam relata, nemo dubitat, & plena sunt huius exempli omnia prisca monumenta. *MARTIALIS* Antistium Rusticum, ^{d)} & Rufum Canonium ^{e)} deplorat ex Cappadocia translatos in patriam. *M. Vlpium* corpus Selinunte ^{f)} *Herenniae Lampadis* ossa ex Sardinia ^{g)} Romam translata sunt. *SCAEVOLA* commemorat legatum Lucio Titio relictum, ut corpus testatoris curet in patriam referri, *l. 30. §. 2. D. de adim. & transf.* adiectis codicillis, quibus heredes rogabantur, ut si in prouincia, vel in via, aliquid ipsi humanitus acciderit, corpus curent in Campaniam, & in monumentum filiorum, reportari. *VLPIANVS l. 3. §. 4. D. de sepulch. viol.* adducit edictum *D. Marci*, quo testatur, nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per oppida, & vicos transuexissent.

Igitur apparet, peregre, id est, in hostico mortuos, ex permisso XII. tabularum, transferri potuisse, idque etiam usu apud posteros fuisse fre-

^{d)} *MART.* Ep. IX, 31.

^{e)} *Id.* L. IV. 35.

^{f)} *GRVT.* fol. 578. n. 1.

^{g)} *Ibid.* 789. n. 1.

frequentatum. Sed MARCIANVS l. 2. *D. de cadau. punit.* docet, in insulam deportatis, & relegatis, quamuis & ipsi in hostico diem obeant, & generali lege decemuirali contineantur, hoc in republica negari: nec licere inde eos transferre illosque sepelire, inconsulto principe: vt post mortem etiam seusu aliquo pœnæ attingantur. Quod cum intelligeret CAMILLVS, cum voluntarium exilium sibi indixisset, ^{b)} sepulchro suo iussit hunc titulum inscribi: *ingrata patria ne ossa quidem mea habes.* Sensit illud etiam OVIDIVS NASO, atque cum a coniuge, vt ossa in patriam referret, petiisset, non dissimulat, se aliquid, quod leges non permitterent, postulauisse: sed excitat illam exemplo aliarum, quae, inuitis legibus, inuito principe, pietatem defunctis comprobarint:

*Nec vetat hoc quisquam. Fratrem Thebana peremptum,
Supposuit tumulo, rege vetante, soror. i)*

Videtur tamen interdum gratiae locum dedisse, auctore principe, senatus, vt ira expleta, & suspicione per mortem extincta, ossibus reditum in patriam concederet. L. ANTONIO, quem Augustus in ciuitatem Massiliensem, vt exilium obscurius esset, abdiderat, habitus supremus honor, & ossa tumulo Octauiorum illata sunt, decreto senatus. ^{k)} Nero etiam Loliae Paullinae, exulis, cineres reportari, & sepulchrum exstrui, permisit, ^{l)} quod supra fuit obseruatum: & generatim MARCIANVS d. l. 2. *D. de cadau. punit.* ait, sepeliri exules, consulto principe, solere, & Seuerum atque Antoninum multis petentibus hoc indulgisse. Ergo peregre mortui, si exules excipias, more maiorum, ex XII. tab. petito, in patriam referrebantur: sed ante omnes alios, *militēs*, si inter studia armorum cum gloria occubuissent. Imo, qui belli ceciderit, teste PAPINIANO, l. ult. §. 1. *D. de his qui not. inf.* lugebitur, etsi corpus eius non compareat: & CUIACIVS obseruat, etiam si ossa domum non relata fuerint, illis funus in patria, virtutis ergo, ductum, & memoriam exequiis exornatam esse. ^{m)} Vulgus, apud TACITVM ⁿ⁾ Tiberio in funere Germanici obiect, illum honorem cuiusque nobili, ex veterum institutis, deberi, vt relatus in patriam, ex provincia, in qua cum exercitu fuisset, desisteretur in foro, & pro rostris laudaretur. Extat apud GRVTERVVM ^{o)} Galli Fauonii Iucundi testamentum, quo filiis suis vltionem impietatis comminatur, nisi, se in bello contra Vitiathum occumbente, ossa e Lusitania intra quinquennium exportarent, & Romae in via Latina conderent sepulchro. Videtur enim hoc a summis atque imis frequentatum. Si de antiquitate

ve-

^{b)} VAL. MAX. Lib. V. c. 3. §. 2.

^{l)} OVID. L. Trist. III. el. 3. v. 67.

^{k)} TACIT. Annal. IV, 44. f.

ⁿ⁾ ID. L. 14. c. 12.

^{m)} GRAVIN.

orig. iur. ciu. p. 254.

ⁿ⁾ TACIT. Annal. III. c. 5.

^{o)} GRVT. 871. n. 2.

vetustissimi moris dubitas, crede VIRGILIO MARONI, p) qui pallantem, Euandri regis filium, in pugna a Turno interemptum, iussu AENEAE, pompa, quanta militare funus efferri potuit, maxima, ait, transuectum ad parentem, & conditum in tumulo maiorum. Hoc omnes imitati sunt Romuli nepotes, usque ad Rutilii consulis mortem, qui cum multis viris illustribus ex praelio Romam, sepulturae causa, teste APPIANO, q) translatus est. Sed tunc senatus descivit a moribus maiorum: cum intelligeret, frangi, & debilitari, civium animos, tot cadauerum conspectu, & clarissimorum virorum casu extingui igniculos militum, ipsosque a virtute auocari. Ἦτε ὅψις αἰδῆς ἦν τῆς ὑπᾶντος, καὶ τοσῶν δὲ ἄλλων ἀνηρημένων. καὶ ἀπὸ τῆς δὲ ἢ βλάβῃ τῆς ἀποθνήσκοντος ἐν τοῖς πολέμοις ἐκρίνευ, ἐνδοπερ ὅν ὥσι, δάπτεσθαι, τῆ μὴ τῆς λοιπῆς ἐν τῆς ὅψις ἀποτρέπεσθαι τῶν στρατιωτῶν: igitur placuit senatui, in praelio mortuos, eodem in loco, in quo occubuissent, sepeliri, ne reliqui conspectu terrerentur. Qua excusatione aliquando etiam Nero usus est, & subtrahenda esse oculis acerba funera, & laudationibus & pompa detineri non debere, censuit: r) & Tiberius Germanico, s) quod reliquias Vari, legionumque caesarum, ne quidem translatas, sed per longum tempus insepultas, humo contexisset, succensuit, & existimavit, illa pietate virtutem militarem infirmari. Et hac causa igitur post Rutilii consulis obitum, ne militum quidem reliquiae, inconsulto principe, transferebantur.

§. VII.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, solis peregre, aut militiae, mortuis, neque his quidem omnibus, nec omni tempore, tributum esse, ut ipsorum corpora, aut reliquiae, exportarentur. Sed liberalius D. SEVERI edicto tractati videntur esse mortui, quo, secundum ULPIANUM, l. 3. §. 4. D. *de sepulch. violat.* continetur: non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri, neque detinenda esse, aut vexanda, aut prohibenda, ne per territoria oppidorum transuehantur. Non minus benigne D. MARCVS, referipit: non poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti, per vias aut oppida transuexerint. Igitur res expedita videretur, nisi idem D. MARCVS iniiceret scrupulum, qui, d. l. 3. §. 4. D. *f. de sepulch. violat.* ait: talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est, non debere. *De sensu legis 3. §. 4. D. de sep. viol. disputatur.*

Dici non potest, quantum exercuerint interpretum industriam verba satis clara Diui Marci. Ut habeant, de quo dubitent, incertum esse dicunt, quae sint illa funera, quae sine permissu transuehi non possint: sed

R 2

illud

p) VIRGIL. Aeneid. XI, v. 59 seq.
377. in edit. Lugdun. t. I. p. 637.
l. I. annal. c. 63.

q) APPIANVS de bello civil. l. II. p. m.
r) TACIT. annal. XIII. c. 47.
s) Id.

illud incertius, cui ius competat, illud permittendi: hodie imprimis. Mirifice res perturbata est dissensionibus scriptorum. V. C. GERARDVS NOODT ¹⁾ inter corpora sepulturæ perpetuæ tradita, & illa, quæ temporis causa alieni loco commendata, atque in illo deposita fuerint, distinguit. Illa non sine permissu patitur transferri, hæc vero libere, & prout cuique videatur. Alii, etiam hodie, nunquam recte sine venia, mortuorum corpora exportari posse censent. Plurimi permissum, & veniam magistratus illius, in cuius territorio mortuus occubuit, desiderant: sed non pauci, atque inter illos etiam STRYCKIVS, ²⁾ KLOCKIVS, ³⁾ & quodammodo BESOLDVS, ⁴⁾ imo & BOEHMERVS, ⁵⁾ etiam illis magistratibus, per quorum territoria mortui transuehantur, hoc denunciandum, veniamque illorum impetrandam. Optime illustris BERGERVS, ⁶⁾ solere ait, translationem mortuorum per locum iurisdictionis, *argumento l. 3. §. 4. D. de sepulch. viol.* magistratui denunciari. Quod ut plenius intelligatur, iuuabit rem per partes, cum cura, explicare.

§. VIII.

*Corpora
perpetuæ se-
pulturæ tra-
dita non
transferun-
tur sine per-
missu.*

Et primo quidem, corpora, sepulturæ perpetuæ tradita, sine permissu non translata, expeditum est: quandoquidem non solum Græci, teste SVIDA ^{a)} illum, qui aras aut sepulchrum attigerit, ἀκίνητα κινεῖν, non mouenda commouere, consuerunt; sed, illorum etiam exemplo, decemviri, tab. X. uti *bustum*, ^{b)} ita forum etiam, id est, tradente FESTO, ^{c)} vestibulum sepulchri, æterna auctoritate munierunt: quapropter locus, ubi quis sepultus, &, interprete TVLLIO, ^{d)} ubi non solum crematus, sed etiam iniecta gleba tumulatus est, ut ibi perpetuo quiescat, ne refici quidem potuit, nisi pontifices explorauerint, quatenus salua religione desiderio reficiendi operis medendum, *l. 5. §. 1. D. de mort. inf.* Generatim enim diui fratres, teste MARCIANO, *l. 39. D. de relig.* monuerunt, ne iustæ sepulturæ traditum, id est, terra conditum corpus, a viuentibus inquietetur: cum, si VLPIANVM *l. 8. pr. D. de relig.* audiamus, ossa, etiam ab alio, cui ius non erat, in sepulchrum illata, domino loci effodere, vel eruere, sine decreto pontificum, seu iussu principis, omnino non licebat: quia &, secundum eundem MARCIANVM *l. 7. D. de sep. viol.* corpora sepulta attingere, & præcipiente CONSTANTIO, *l. 4. C. eod. reliquias* contrectare, religioni aduersum est, & ne martyres quidem distrahere, aut mercari, pietatis causa, imperatores christiani permiserunt, *l. 7. C. Theod. de*

¹⁾ NOODT ad digesta l. XI. tit. 7. p. 263. & 265.

²⁾ STRYCK. vl. mod. ad

l. XI. tit. 7. §. 20. t. II. p. 357.

³⁾ KLOCKIVS vol. I. conf. 10. n. 477.

⁴⁾ BESOLDVS thes. pract. voce: Durchführung der Verstorbenen.

⁵⁾ BOEHM.

de vsu act. sect. II. c. 4. p. 243. not. x.

⁶⁾ de BERG. oecon. iur. l. II. tit. 7.

§. 2. not. 9. p. 210.

^{a)} SVID. voc. ἀκίνητα κινεῖν t. I. p. 130.

^{b)} RIT-

TERSHVS. ad XII. tab. p. 36.

^{c)} FESTVS voce: forum.

^{d)} CIC. de

leg. II. p. 449.

de sepulch. violat. Quare sepulchrum subinde apud veteres, *domus* morientium l. 4. C. de sepulch. violat. *domus aeterna*, g) *sedes aeterna*, a PAVLLO, l. 40. de religios. *quies* etiam *aeterna* h) appellatur, vt tuta sit ab hominum contrectatione, & incurfu.

Igitur corpora sepulta non transferri debuerunt, nisi illorum *permisso*, quibus ius est illud permittendi. Neque tamen id videtur, nisi causa cognita, fuisse impetratum: vt ante exploraretur, an salua religione, liceat transferre, l. ult. §. 1. D. de mort. infer.

Illud certe TRAIANVS PLINIO i) proconsuli praecepit, vt exemplo aliorum, qui provinciis praefuerint, propter *iustas causas*, transferre reliquias, petentibus *permittat*. Ipsa enim religio interdum videtur necessitatibus cessisse, vt iniuriae vetustatis, incurfui fluminis, metui ruinae. Nam ex his fere causis PAVLLVS sentent. l. 1. tit. 21. §. 1. & imperator ANTONIVS l. 1. C. de relig. translationem sepulcorum permiserunt: quod etiam ex PLINIO KIRCHMANNVS, atque GVTHERIVS, & ex vtroque GERARDVS NOODT, loco supra excitato, obseruauerunt. Sed

adde: ipsam interdum etiam *religionem* postulasse, vt reliquiae ex loco religioso in alium locum transferrentur. Certe senatus Marci Oppii corpus in campo martio sepultum, tanquam non recte in loco sacro repositum, pontificum monitu, transferendum esse, censuit, k) ne deorum manium religio locum Marti gradino sacrum pollueret, & conspurcaret. Generatim MARCIANVS l. 39.

D. de rel. si *res exigat*, vt arcula, in qua corpus perpetuae sepulturae causa conditum, in *locum commodiorem* transferatur, illud non negandum esse, tradit.

Principes, accepta summorum pontificum dignatione, interdum & gratiam videntur religioni praetulisse, vt vel inuidiam contractam eluerent, vel lenitatis documentum ederent, vel populo gratum spectaculum offerrent. Ex hac certe causa Lolliae Paullinae, exulis, cineres, NERONIS indulgentia, Romam translatos, TACITVS l) affirmat.

§. IX.

Sed, quanquam corpora iustae sepulturae tradita non transferuntur, sine *permisso*, secus tamen RADVLPHVS, FORNERVS m) & V. C. GERARDVS NOODT n) de *commendatis* censuerunt. *Commendatum* enim corpus, seu quod PAVLLVS ait l. 1. sentent. tit. 21. §. 4 loco alicui ad tempus *commendatum*, quod SVETONIVS o) etiam *repositum*, & PAVLLVS l. 40. D. de religios. *depositum* temporis gratia, appellant, (teste enim PAPINIANO, PAVLLO, atque VLPIANO, l. 24. l. 26. pr. D. deposit. & l. 186. de

R 3

V. S.

g) GRVT. inscript. fol. 804. n. 4.

h) GRVT. f. 525. n. 6. & 7.

i) PLIN.

l. X. ep. 70.

k) DIO CASS. l. 47. p. 445. ed. Steph.

l) TAC. annal.

l. 14. c. 22.

m) FORN. rer. quotid. l. III. c. 6.

n) NOODT ad digest.

l. XI. tit. 7. p. 265. 269.

o) SVETON. in vita Aug. c. 100.

V. S. omnia deposita etiam commendata dicuntur) commendatum, inquam, corpus est, quod alicubi temporis causa, non ut aeterna sede sepeliatur, sed hoc animo, ut mox alium in locum transferatur, depopitur ab illis, qui officio funerandi defunguntur. Ita enim MARCIANVS atque PAVLLVS *l. 39. & 40. D. de rel.* rem definiuerunt: ideoque *l. 2. §. 3. D. eod. tit.* commendatio illationi, quae sit sepulturae causa, opponitur. Solebant enim commendare corpora, nondum aedificato, aut longius remoto, in quod inferre mortuum cogitauerant, sepulchro. Exemplum est libelli apud GRVTERVM, quo quis conqueritur, se pressum necessitate, fictili sarcophago corpora commendasse, donec locus, quem emerat, aedificaretur; ut interea in tuto essent. FORNERIO, & GERARDO NOODT nihil videtur apertius, quam commendata libere, non imposita impetrandae veniae necessitate, quo libuerit, transferri potuisse; cum hoc animo deposita sint, ut quam proxime alium in locum transferantur. Id ne temere dixisse videatur GERARDVS NOODT, auctoritate D. SEVERI utitur, cuius edicto continetur, corpora non perpetuae sepulturae tradita, id est, commendata duntaxat, & deposita, posse transferri: adeoque nihil opus esse magistratuum permissu. Quam rem minus credit habere dubitationis, cum & PAVLLVS, *l. 40. D. de relig.* locum, in quo temporis gratia tantum *depositae* sint reliquiae, ut alio transferantur, nihil religionis habere, sed manere profanum, doceat: ut adeo intelligi possit, non desiderari pontificum decreta, quorum auctoritate vnice in religionibus custodiendis, atque dissoluendis, opus fuisse videatur. Denique rem expeditam esse, ait, rescripto DIOCLETIANI, & collegae, *l. 10. C. de relig.* qui, si nec dum perpetuae, inquit, sepulturae corpus traditum est, translationem eius facere, non prohiberis.

Quae, quamuis speciosa sint, tamen non persuadent, potuisse commendata omnino sine venia transferri. Fortius enim moueor auctoritate VLPIANI, qui, postquam *l. 3. §. 4. D. de sepulch. viol.* edictum D. SEVERI, quo continetur, quod corpora non perpetuae sepulturae tradita transferre liceat, recensuit, statim limitat, quae a Seuero constituta sunt, & D. MARCVM contra rescripsisse, ait, quod haec fieri *sine permissu* eorum, quibus permittendi ius est, non debeant. Audiamus verba VLPIANI: „Non perpetuae sepulturae tradita corpora posse transferri, edicto D. SEVERI continetur, quo mandatur, ne corpora detinerentur, aut prohiberentur per territoria oppidorum transferri. D. autem MARCVS rescripsit: nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppida transuexerant: quamuis talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est, non debeant.” Quis non videt, hac lege restringi licentiam translationis, & moneri illos, qui corpora nondum sepulta transferant, ut ne talia sine permissu moliantur: *posse* illa corpora transferri, sed *sine permissu* illud fieri omnino non debere. Quod

cla-

clarius intelligitur, quum D. MARCVS in hac lege de translatione corporis, non sepulti, sed in itinere defuncti, quod adeo nondum humatum erat, rescripserit, illud non posse sine permisso per oppida transferri. Poterant hac sola responsione dilui illa, quae a FORNERIO, & NOODTIO, in contrariam partem disputantur. Sed suppetunt omnino plura argumenta, ex quibus apparet, necessariam fuisse impetrationem veniae, in omni translatione mortuorum, etiam commendatorum. Enimuero XII. tabb. leges generatim prohibuerunt, ne ossa homini mortuo legantur, quo post alibi funus fiat: quod supra fuit comprobatum: & teste PAVLO l. 1. sent. 27. §. 4. prout SCHVLTINGIVS ^{p)} eius verba recitat, omnis denudatio mortuorum, etiam commendatorum, prohibita fuit, nisi magistratum permisso: porro l. 5. §. 1. D. de mort. inf. & l. 7. D. de sep. viol. generaliter interdictum, ne ossa defunctorem contingantur. Imo vero, si quis illa tantum de corporibus iustae sepulturae traditis interpretetur; tamen ipsa huius negotii natura non videtur passa esse, ut deposita corpora, auctoritate priuata transferrentur. Enimuero corpus commendatum dicitur, quod hoc animo depositum, ut alium in locum transferatur; sed sepultum, quod fedi aeternae datum, hoc consilio, ut nunquam transferatur, l. 39. & 40. D. de relig. Ex quo apparet totum hoc discrimen, quod inter commendata & sepulta corpora intercedit, maxime ex animo deponentis, aut sepelientis, iudicari. Igitur, si cuilibet sine permisso corpora commendata transferre licuisset, semper fuisset incertum, commendata, an sepulta, corpora transferret; vel data fuisset occasio leges eludendi, quae vetabant sepulta corpora transferre. Quapropter etiam in translatione depositorum videtur necessarium fuisse, ut ante cognoscatur, an vere, temporis tantum causa, deposita fuerint corpora, quae transferrentur. Accedit, quod & aliae subinde causae translationem corporum, etiam nondum sepultorum, impedire potuerint, de quibus cognoscendum fuit, antequam translatio permetteretur. Ad illas causas pertinet illa, quam TACITVS ^{q)} commemorat, quod quaedam funera tam acerba sint, ut publice intersit, illa a ciuium conspectu remoueri, atque in urbem non inferri. Hinc & Scto decretum, ut corpora militum, illo loco, quo cecidissent, humarentur; ne relata in urbem animos ciuium cogitatione mortis, & rerum aduersarum frangerent, & debilitarent. Haec, & alia plura, deliberatione digna erant, priusquam translatio corporum permetteretur: ut non dubitem, veniam impetrandam a magistratibus fuisse. Hoc agnouit FAVONIVS IVGVNDVS, qui in tabulis testamenti apud GRVTERVM ^{r)} desiderauit quidem, ut intra quinquennium ossa suae Lusitania exportarentur; sed liberauit filios suos illo officio, si legitimae causae, quae translationem prohiberent, oriarentur: unde intelligitur, subnatas aliquando esse causas, ob quas ne commen-

^{p)} SCHVL T. iurispud. ante-iustinian. p. 162.

^{q)} TACIT. annal. l. XIII. c. 17. f.

^{r)} GRVT. inscript. f. 87 l. n. 2.

data quidem corpora, quamuis nondum sepulta, potuerint transferri. Imo vero GRVTERVS ^{s)} seruauit exemplum libelli supplicis, quo libertus quidam, exposita tota causa, & multis rationibus adiectis, petiit, ut sibi corpora, fictili sarcophago commendata, liceret transferre in sepulchrum. Quod exemplum auget suspicionem, non temere corpora, temporis gratia deposita, in locum alium exportari potuisse. Igitur, quod D. SEVERVS l. 3. §. 4. *sep. viol.* edixit, corpora non perpetuæ sepulturæ tradita transferri posse, & quod DIOCLETIANVS l. 10. *C. de relig.* translationem non prohiberi rescripsit, non ita accipiendum est, quasi temere hoc permittatur; sed, quod *caussa cognita*, nisi aliquid obstat, denegari non solet, si denunciatur, & legitime petatur, translatio demortuorum. Quamuis denique, quod NOODT obiecit, locus, in quo corpus depositum est, nihil religionis habeat, sed maneat profanus, adeoque nec pontificum decreto opus esse videatur ad translationem; tamen fuerunt aliæ omnino causæ plures, propter quas periculi plena esse potuisset illa exportatio, de quibus cognoscere debuerunt illi, quibus ius est translationem permittendi. Enim vero, nec ille locus, in quem quis, inuito domino, mortuum intulit, sit religiosus: neque tamen ossa inde licet eruere, nisi expectato aut principum iussu, aut pontificum decreto l. 8. *D. de relig.* Ex quibus rebus videtur colligi posse, quantum ad necessitatem impetrandæ veniæ pertinet, nihil inter illos, qui sepulta, & qui commendata, atque deposita cadavera transportant, discriminis interesse, sed neutra *sine permissu* transferri potuisse. In illo autem inter utrosque aliquid interest, quod cadauera perpetuæ sepulturæ tradita mouere, ne petentibus quidem, nisi grauis causa illud postulet, solet permitti, adeoque in dubio *non concedenda* sit translatio iusta sepultura conditorum; cum, contra, commendata corpora exportare *nemini* facile *negetur*, sed magistratus prouiores sint ad permittendum, nisi grauis causa suadeat, ut denegetur. Atque hoc fere iure etiam hodie nos uti, erit deinde locus exponendi.

§. X.

*Cui ius sit
permittendi
ut cadauera
transferan-
tur.*

Igitur corpora demortuorum siue commendata sint, siue perpetuæ sepulturæ tradita, non transferuntur, sine permissu illorum, quibus ius est, illud permittendi. Sed operæ pretium est, obseruare, qui fuerint illi magistratus, a quibus impetrari debuerit, ut reliquæ defunctorum salua religione transferantur. Et olim quidem officium interpretandi religiones, & sepulchra defendendi, denique compellendi heredes, ut supremis voluntatibus defunctorum, circa sepulchra inprimis, obsequantur, ad *pontifices* spectauit. Explicate enim VLPRIANVS l. 8. *pr. D. de relig.* domino loci, ait, ossa ab alio illata eruere, sine decreto *pontificum*, omnino non licere; sed expectandum pontificale permissum. Atque idem eodem loco *pontifices*, tradit, explorare, quatenus salua religione

cor-

^{s)} GRVT. inscript. f. 607. n. 1.

corpora possint transferri, l. 5. §. 1. D. de mort. infer. Nec obscurius PAPINIANVS l. 50. D. de hered. petit. heredes quidem nulla actione teneri ad monumentum faciendum, docet, sed solere illos auctoritate pontificali compelli ad obsequium supremæ voluntatis. M. VLPII, liberti, reliquias traiectas permissu collegii pontificum, testatur lapis litteratus apud GRUTERVM. 1) Quem morem ne quis obscurum, aut intermissum, credat, PLINIUS etiam tempore TRAIANI 2) cum ab ipso peteretur, vt reliquias transferre permetteret, ad principem retulit, in vrbe ex eiusmodi causis adiri collegium pontificum solere. Video equidem & senatum aliquando interposuisse auctoritatem, vt liceret corpora transferre: quando quidem ANTONII reliquiae tumulo Octauiorum illatae sunt decreto senatus 3) & idem senatus plebis studium erga M. OPPIDIVM, quem in campo MARTIO humauerat, indigne tulit, & ossa eius inde iussit dimoueri. 4) Immo & permissu tribunorum plebis corpora translata, monumentum EVSCHENII apud GRUTERVM 5) comprobatur. Sed hoc ferre nunc accidisse existimo, cum non religionis tantum, sed & reipublicæ, vt in funere OPPIDII, aut dignitatis, gentisue AVGVSTAE, interesset, aut pœnæ exulum, qui inferri non poterant in urbem, vt in funere ANTONII, mitigandæ essent. Neque tamen hac potestate vsi videntur magistratus, nisi audito antea pontificum decreto. Certe, senatus, teste DIONE CASSIO 6) M. OPPIDII ossa ex campo MARTIO, non nisi pontificum monitu, remouenda censuit. Soli proconsules sibi id sumpserunt in prouinciis, vt, ex causa, prout res postularet, cuique aut permetterent, aut interdicerent, corporum translationem. 7) Quod & TRAIANO postea placuit; cum durum videretur, propter itinerum longinquitatem, iniungere prouincialibus necessitatem pontificum adeundorum, si reliquias, propter iustas causas, ex loco in alium locum transferre velint: ideoque & PLINIUM iussit imperator, 8) vt sequeretur illorum, qui isti prouinciæ præfuerint, exempla. Imo vero etiam ANTONINVS l. 1. C. de relig. existimatione rectoris prouinciæ transferri posse reliquias rescripsit. Postquam potestas ad vnum peruenit, a temporibus HADRIANI maxime, soliti sunt ipsi principes permittere corporum translationem; quum hoc ipsis & reipublicæ causa, cuius dignitas & quies in illa cognitione subinde versabatur, & religionis causa, cuius cura ad imperatores, quippe pontifices maximos, spectabat, inprimis conuenire videretur. PLINIUS certe, 9) quia ad pontificum collegium interpretatio religionis pertineret, ideo se putauisse, ait, principem, pontificem maximum, inprimis consulendum. Plena sunt huius

1) GRVT. inscript. f. 578. n. 1.

2) PLIN. l. X. ep. 69.

3) TAC. annal. IV.

c. 44.

4) DIO CASS. l. 48. p. 445. edit. Steph.

5) GRVT. inscript.

f. 662. n. 8.

6) DIO CASSIUS loco cit.

7) PLIN. l. X. ep. 69.

8) PLIN. ep. 70. l. X.

9) Id. ep. 69. l. X.

ius exempli antiqua monimenta. Liberti Herenniae reliquiae Romam relatae, indulgentia AVGVSTI. Et supra est a nobis adductus libellus supplex liberti, quo a *principe* petiit, ut permitteret commendatorum corporum translationem: *e)* *Rogo, Domine, permittas mihi, in marmoreo sarcophago, quem mihi comparavi, ea corpora, quae, pressus necessitate, fictili sarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego esse desinam, pariter cum eis ponar.* Cui libello subscriptum est: *feretrum*, id est, VARRONE interprete *f)* lectum, in quo mortui transferebantur, *fieri* placet. Habes igitur formulam, qua solebant principes permittere translationem. Non opus est pluribus exemplis. Abscisse enim negant imperatores *l. 14. C. de relig.* humanum, seu, quod alii volunt, humatum corpus ad alium locum, sine AVGVSTI assatibus, transferri. Quod & VLPIANVS & PAPINIANVS *l. 8. D. de relig.* & *l. 50. de hered. pet.* agnouerunt, qui vel decretum atque auctoritatem pontificum, vel iussione *principum*, in illis negotiis expectandam censent. Certe exules, atque in insulam deportatos, aut relegatos, non licet post mortem alio transferre, atque inconsulto *principe l. 2. D. de cadav. punit.* Quapropter & NERONIS auctoritate opus fuit, cum LOLLIAE PAVLLINAE, exulis, cineres reportarentur. *g)*

§. XI.

Iure canonico translatio permisa interdum & necessaria.

Pontifices benignius moribundorum voluntates interpretati sunt, illisque obtemperandum censuerunt. Si quis ruri mortuus, aut domi, quo loco sepeliri malit, non constituerit, & sine periculo possit exportari, ex probabili, & praesumpta eius voluntate, *in parochiali ecclesia*, in qua sacris usus est vel in maiorum suorum sepulchro, exemplo patriarcharum, conditur. *Instit. LANCELL. Inst. II. 24. §. 2. & 8. c. 1. X. de sepul.* Praeterea, cuicumque, etiam filiis familiatum, si peculio castrensi gaudeant, etiam vxoribus, eligendi ecclesiam, in qua sepeliri possint, libera facultas, *c. 1. & 7. X. de sepult. c. 1. de sepul. 6. LANCELL. instit. II. 24. n. 3. 4. 5.* ut quilibet etiam discedere a priori consilio, quo sepulchrum elegerat, atque illud capere, & testamento locum sepulchro destinare possit: *ibid. §. 24.* Si canonum interpretibus, quos ZIEGLERVS *b)* adducit, fides est, etiam licebat iubere, ut alteri ecclesiae commendatum corpus, post annum, in aliam subinde transferatur. Certe BONIFACIUS VIII. extrau. commun. *detestanda*, de sepult. concessit, ut corpora ex voluntate defuncti, in ciuitate aliqua, tradantur ecclesiasticae sepulturae ad tempus, & demum, incineratis corporibus, aut quodocunque visum sit, ad loca, ubi sepulturam elegerint, deportentur. Id tantum interdictum, ne exten-

e) GRVT. fol. 607. n. 1.
annal. XIV. c. 12.
T. I.

f) VARRO de lat. ling. l. IV. p. 40.
b) ZIEGL. ad Lancell. II. 24. §. 2. n. 745. p. 1092.

g) TAC.

tenderentur corpora, & membratim excoquantur, & ossa, carnibus excussis, alio sepelienda transferantur. Cetera cuiuslibet arbitrio permiffa: religiosis duntaxat, & impuberibus, propter obedientiae necessitatem, atque infirmitatem iudicii, exceptis. LANCELL. loc. cit. §. 5. & 6. Ne tamen obscurum sit, illud non tam morientium gratia, quam, ut controuersiae, & contentiones clericorum, de commodis, & redditibus, quae ex sepultura mortuorum ad illos perueniunt, distrahantur, atque sopiantur, constitutum esse; placuit, canonicam portionem, id est, vel dimidiam, vel tertiam, vel quartam, pro consuetudine locorum, quasi legitimam quandam partem, matri debitam, ecclesiae parochiali, in qua defunctus sacris usus sit, ex illis bonis, quae quis pro salute animae suae clericis reliquerit, exsolui, c. 1. & c. 9. X. de sepult. Præterea, ut pauperum religio sanctius colatur, hoc etiam parochialibus ecclesiis tributum, ut, si rector ecclesiae cum monasterio, cui libra sepultura concessa est, pactus sit, ne parochiani ipsius a monasterio ad sepulturam recipiantur, illi, qui in monasterio sepeliri velint, desiderii compotes ne fiant; sed in parochiali ecclesia sepeliantur. LANCELOTTI inst. III. 3. 5.

Illud inhumanius, quod canones interdum corporum e sepulchris non translationem modo, sed necessariam electionem, praeceperunt. Enimuero, si in loco, ubi templum aedificatur, vel in cœmeteriis, deprehendantur infidelium cadauera, quae discerni possint, euellenda sunt, & longissime abiicienda. Ita enim sacris canonibus esse constitutum INNOCENTIVS rescripsit, c. 12. X. de sep. Inst. LANCELL. II. 24. §. 10. Eandem indignitatem etiam illa cadauera patiuntur, quae, cum alio loco sepelienda essent, a parochianis rapta sunt, & contra canones, aut neglecta prouocatione ad pontificem, condita sepulchris. Ossa enim, & corpora, extrahenda sunt sedibus æternis, & sepulchris, atque ecclesiis, cui destinata erant, cum omnibus emolumentis, & beneficiis, restituenda; ne quid cuiquam pereat, in tam sollicita cadauerum nundinatione. c. 5. & 6. X. de sepult.

§. XII.

Ex his, quae dicta sunt, apparet, si pontificum canones audias, non solum mortuorum, & commendatorum, liberam esse, sed & sepulturae perpetuae traditorum, aliquando necessariam translationem. Ne tamen existimes, temere, aut inconsultis illis, ad quorum curam res ea pertinet, corpora transferri posse. Quamuis enim hæc res explicate nullibi constituta sit, tamen, cum illo iure funera non sine ritibus, sacrisque ceremoniis, transferri possint, & præterea, in illa translatione, de peculio clericorum, & honorario, propter iusta funebria soluendo, agatur, adeoque ecclesiarum interfit, ne quod mortuum corpus, quod ad ipsas pertineat, sine causa illis subtrahatur, illarumque iura defendi debeant, non dubito, episcopis, aut qui illorum vices gerunt, & interdum pa-

An iure canonico imperii & ecclesiastico protestantium funera sine permissu transferantur.

tronis, quibus & ipsis tutela ecclesiarum quodammodo delata est, translationem mortuorum tam commendatorum, quam sepultorum, denunciandam esse: ut, quid cuique ecclesiae debeatur, causa cognita, decerni possit.

Sed illud certe expeditum est, etiam ciues, qui veritatem Augustana confessione declaratam profitentur, & hunc coetum sequuntur, quamuis in terris, ubi pontificis auctoritas praefertur, decedant, transferri posse ad suos, & si velint, in patria, aut inter socios sacrorum, sepeliri: idque ab episcopis, aut magistratibus, omnino permittendum, neque ab heredibus *pro corporis exhibitione* quidquam, praeter sumptus funeris, ecclesiae parochiali debitos, & definitos, exigendum esse. Quod illustris BERGERVS recte observauit, ¹⁾ & sanctissima lege in imperio, cum maxima consensione, constitutum. Audiamus enim ipsa *pacis WESTPHALICAE* verba art. V. §. 35. *Siue autem catholici, siue Augustanae confessionis fuerint subditi, nullibi ob religionem despiciatui habeantur, multo minus a publicis coemeteriis, honoreue sepulturae arceantur, aut quidquam pro exhibitione funeris a superstitionibus exigatur, praeter cuiusque parochialis ecclesiae iura, pro demortuis pendenda solita.* Sed, & in his, & similibus, pari cum conciuibus iure habeantur, aequali iustitia, & protectione tuti. Vides igitur, & corpus exhibendum esse, & pro eo officio, nihil, praeter iura ecclesiae parochialis, exsolui: & aequali protestantes iure uti cum pontificiis; ut intelligi possit, cum illi, ex canonum praeceptis, libere locum sepulturae eligant, idem illud etiam nostrae ecclesiae alumnis tribuendum esse. Imo vero, cum & praecedente §. 34. art. V. instr. pac. Westph. Catholicorum subditi Augustanae confessioni addicti, in vicinia, ubi & quoties voluerint, publico religionis exercitio interesse, vel liberos suos exteris suae religionis scholis, aut priuatis domi praceptoribus, instruendos committere, non prohibeantur, &c. dubitari non potest, etiam electionem sepulchri inter vicinos, & petitionem moribundorum, ut ritu & ceremoniis solennibus, qui inter ciues, suis sacris addictos, receptae sunt, sepeliantur, ratam esse debere: quandoquidem & sepulturae solennis procuratio ad diuini cultus partem, & ecclesiae sacra solennia, omnino pertinet, adeoque nullius ciuis circa hanc libertas a magistratibus, vi sanctissimae illius conventionis, restringi potest, atque infirmari. Neque enim apparet ratio, cur mortui ex territorio, sacrorum causa, efferri non debeant, cum etiam viuis, quod plus est, §. 24. R. I. AVGVST. d. A. 1555. potestas emigrandi, atque e provincia, sacrorum causa, discedendi, sedemque mutandi, data sit facultas. Certe illorum, qui e terris Augustanae confessioni addictis, negotiorum causa, profecti, in provincia, catholicorum sacris imbuta, in itinere decesserunt, heredibus translationem corporum ad suas, vi huius conventionis generalis, quae modo adscripta est, permittendam esse, ni-

¹⁾ BERG. oecon. iur. l. II. tit. 1. §. III. not. 8. p. 210.

nihil habet dubitationis; quandoquidem ipsa vox naturae, quam canones etiam *pr. dist. 1.* lege & euangelio contineri agnoscunt, illud postulat, ut, quae ipsi, si apud nos decederent, sibi permitti vellent, etiam nobis in suo territorio morientibus, ne negent: quod si accideret, esse locum retorsioni, tanto certius est, quanto magis diserte eiusdem instrumenti *pacis Westphalicae art. 17, §. 5. & 6.* constitutum, ut si quod huius pactionis caput a quocunque violetur, omnes imperii principes, si minora media non sufficiant, armis etiam, post triennium, ius suorum civium tueri, & ob iniuriam illis illatam vindicias expetere, possint. ^{k)} Quod incommodum ut anteuertatur, BESOLDVS ^{l)} ait, moribus introductum, ut illorum, qui in principis diuerforum sacrorum territorio diem obeunt, heredibus, aut magistratibus domicilii petentibus, corpus non facile exhibeatur, nisi datis *litteris reuersalibus*, quibus pontificios eodem iure apud illum magistratum, si ibi decedant, viros, promittatur: Weil sodann gewöhnlich, daß solche Personen, ad instantiam der Befreunden, vel magistratus domicilii, anders nicht, denn auf einen Reuers, gefolget werden. Quam consuetudinem moribus vniuersae Germaniae receptam esse, non ausim affirmare; & si recepta non sit, res ipsa loquitur, necessarias non esse literas reuersales, cum lex illud etiam ab inuitis exigat, ut corpora ab utrisque liceat transferre; quamuis non prorsus inutile sit, ut magistratus, datis eiusmodi litteris reuersalibus, de officio suo admoneantur, & materia controueriarum tempestiue succidatur.

Inter illos, qui sacra, Augustana confessione definita, profitentur, translatio demortuorum, inprimis, qui nondum traditi sunt iustae sepulturae, quamuis remotis superstitionibus, non facile negatur; cum & patriarcharum exempla, Abrahami, Isaaci, Iacobi, & Iosephi, suadeant, ut voluntati defunctorum, qui in tumultum maiorum inferri desiderant, & heredum precibus, obtemperetur. Quae res ut minus difficultatis habeat, atque inuidiae & dissensionum materia sacerdotibus, quorum dignitati illae non conueniant, omnino subtrahatur; *iura*, id est, honoraria, quae propter funeris ducendi religiosam ceremoniam parochis, & parochiali ecclesiae, si illo loco conderetur, soluendi essent, illis etiam hoc casu exsolui, placuit. Interdum etiam cum sacris ritibus, & ceremonia solenni, sacerdotibus, & symphonicorum choro, comitantibus, inter concentus campanarum, funus transfertur. Quapropter, cum magistratui ecclesiastico illud muneris impositum, ut nomine principis sacras ceremonias & solennes ritus tueatur, ac defendat, detque operam, ne sacerdotum & ecclesiarum res & redditus aliquid detrimenti capiant; hoc illi denunciandum est, ut, an quid obster, ne funus transferatur, & quibus ceremoniis funus deduci debeat, causa cognita, decernat.

S

Sed

^{k)} Vid. magnif. LEYS. medit. ad pandect. t. I spec. 30. §. 5. p. 309.
^{l)} BESOLD. thes. pract. v. Durchführung der Verstorbenen, p. m. 199.

Sed a *magistratu politico*, ut illi, ad quos funerandi officium pertinet, transferendi corporis veniam impetrent, necesse non videtur: nisi aut metus turbarum, & tumultus, postulent, ut ille partes suas & auctoritatem interponat, aut in via proiectum cadaver reperiatur, aut de corpore hominis in crimine deprehensi, aut in gravem criminis atrocioris suspicionem apud iudicem adducti, maxime vero de funere illius, qui manus sibi ipsi, conscientia sceleris, carcere intulerit, deliberetur: his enim de rebus ut cognoscat, & inprimis, vtrum poena de mortuis propter exemplum sumenda sit, atque an omnino humanus esse videatur mortuus, magistratus politici officio videtur convenire. De ceteris non est, quod ad ipsum referatur. Ita enim diuus *AUGUSTVS*, quondam pater patriae longe clementissimus, controuerſiam lege definiuit d. 13. Martii, 1717. Demnach wir, wegen Verurtheilung der Selbst-Mörder, an Unsere Rechts-Collegia generaliter verordnet, daß bey Fällen, da die Selbst-Entleibung aus Melancholie, und nicht von Missethättern ins Gefängniß, oder unter des Criminal Richters Hand geschehen, gedachte Collegia sich des Sprechens enthalten, und die Sachen an die Consistoria verweisen sollen, immassen aus dem Einschlusß in mehreren zu ersehen. Dahingegen diejenigen Selbst-Mörder, welche ex conscientia delictorum, und aus Furcht der ihnen bereits dictirten, oder doch noch zu gewarten habender Lebens-Strafe, zumal in atrocioribus, ihnen selbst das Leben nehmen, ihre Körper mit der Hinausschaffung auf dem Schinder-Karren, oder Schleife, und der Verwirfung in die Erde unter den Galgen, oder auch öfters noch mit Galgen, Rad und Feuer gestrafet werden, welche Strafe allerdings zur peinlichen Gerichtsbarkeit zu ziehen, und also niemand anders, als der weltlichen Obrigkeit zukommen kann, da dann die consistoria mit denen, welchen die sepultura ecclesiastica von Rechts wegen versaget wird, so wenig zu thun haben, als es verboten ist, daß die clerici sich in die weltlichen Händel, und sonderlich die casus sanguinis nicht mengen sollen, auch sonsten viele unanständige und denen consistoriis selber beschwerliche Irregularitäten daraus entstehen würden, die Rechts-Collegia auch von undenklichen Zeiten alleine in dergleichen Dingen zu sprechen befugt sind &c.

Ceterum ut cadauera perpetuae sepulturae tradita, nisi ob delictum, & poenae expetendae, aut cadaueris inspicendi, causa, eruantur, aut alium in locum transferantur, raro, ne a petentibus quidem, impetratur. Habet enim ipsa distractio ossium, illorumque conspectus, aliquid, nescio quid, quod auersatur.

§. XIII.

An magistratibus per quorum ter-

Igitur & nostro iure, corpora, inprimis perpetuae sepulturae nondum tradita, transferri possunt, *permisso* illorum, quibus ius est illud permittendi.

di. Illud enim & usu comprobari illustris BOEHMERVS ^{m)} & plerique ^{vitoria} omnes, arbitrantur. Sed idem Vir Illustris ⁿ⁾ etiam hodie, ait, non solum ^{transfertur} impetrandam hanc permissionem, sed & ^{corpus de-} *magistratui* merum imperium ha- ^{nuncianda} benti, *in singulis locis* illam exhibendam esse: „vt constet, cadauer trans- ^{fit transla-} portandum morte naturali, non violenta, in quam alias inquiri deberet, ex- ^{tio.} tinctum esse &c. „ Quod & KLOCKIO, & BESOLDO, & STRYCKIO videri, supra fuit indicatum. Illustris BERGERVS *solere*, ait, translationem corporum mortuorum, per locum iurisdictionis, *argumento*, l. 3. §. 4. D. de sepul. viol. magistratui denunciari. Quod quibusdam tam alte animo insidet, vt, si translatio non denunciatur, resisti, & corpus, donec sibi satisfiat, detineri posse, arbitrentur. Enimuero, quamuis illustri BERGERO illud omnino dare debeam, moribus quorundam locorum illud introductum, adeoque denunciari translationem magistratui *solere*; tamen illam aut necessario denunciandam esse, & permissionem, singulis in locis, magistratui merum imperium habenti, ex iuris necessitate, exhibendam, aut denique *argumento* l. 3. §. 4. D. de sepul. viol. illud comprobari posse, illud, inquam, mihi suspectum videtur, atque a veritate alienum. Neque enim, haec videtur Viri Illustris sententia fuisse. Nimirum, vt ab extremo ordiar, illa lex 3. d. sep. viol. aperte repellit oppidorum, per quorum territorium corpus mortui transfertur, magistratus, qui translationem sibi postulant denunciari. Audiamus VLPIANVM, qui, d. l. 3. ex edicto D. SEVERI monet, „ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut *prohiberentur* per „territoria oppidorum transferri: cum D. MARCVS praeterea rescripserit: nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti, per vicos „aut oppidum transuexerint; quamuis talia fieri sine permisso eorum, quibus permittendi ius est, non debeant. „ Si quid video, illud rescriptum D. MARCI continet responsionem ad querelam magistratuum, qui illos accusauerant, qui mortui corpus per ipsorum oppida transuexerant. Sed responderet imperator: male magistratus de illis conqueri, qui corpus in itinere defuncti per vicos, & oppidorum territoria, ^{o)} transuexissent: huius rei arbitrium ad magistratus non spectare: satis esse; quod translatio ab illis permessa sit, quibus sit ius, illud permittendi, id est, a principe, pontificibus, proconsulibus, fenatu: horum decreta a magistratibus oppidorum infirmari non posse; sed esse constitutum, ne corpora detineantur, aut vexentur, aut prohibeantur, per oppidorum territoria transferri. Igitur, tantum abest, vt *argumento* huius legis magistratibus, per quorum territoria corpus trans-

m) BOEHM. de action. sect. 2. c. 4. § 69. not. y. p. 243.

n) Id. ibid.

o) Ne mireris, oppidis territorium tribui: non enim maiestatis titulus est, sed, interprete POMPOONIO, l. 239. §. 8. D. de V. S. notat, vniuersitatem agrorum, intra fines cuiusque ciuitatis: nostri Reichbild appellant.

uehitur, denuncianda sit translatio; ut potius conquiescere iussi sint, & ab omni iniuria & vexatione abstinere. Enimuero publice interest, ne qua mora illis fiat, qui cadauera exportant. Itaque, iam olim, teste **VLPIANO** *l. 38. D. de relig.* officium praesidis provinciae fuit, providere, ne corpora, aut ossa, mortuorum transferendorum detineantur, aut vexentur, neque prohibeantur, quo minus *via publica* transferrentur, aut sepelirentur. Ex quo apparet, quod, cum praeses provinciae iter cum cadaueribus mortuorum facientes tueri, & iniuriam ab illis defendere iussus sit; non sit necesse, ut magistratibus hoc denunciatur, aut venia ab ipsis impetretur. Vana est illa, quam magistratus iter facientibus obicerent, & inutilis difficultas, quandoquidem, docente **VLPIANO**, *l. 1. pr. & §. 1. D. de mortuo infer.* ille vim facere sepelienti videtur, qui illum itinere arcet ad sepulchrum, in quod ipsi mortuum inferendi, altero invito, ius est. Itaque magistratus, qui inferenti resistit, interdicto *de mortuo inferendo* tenetur. Imo vero vim publicam commisit, & ex *lege Julia* accusari potest, qui aliquid fecit, quo minus alius funeretur, aut sepeliatur. *l. 8. D. de sep. viol.* Quid igitur opus est, ut magistratibus id, quod prohibere nequeunt, denunciatur: quandoquidem in publicis locis, quae *l. 2. §. 3. D. ne quid in loc. publ.* etiam *via publica* refertur, tantum iuris cuilibet competit ad obtinendum, quantum alteri ad prohibendum *l. 2. §. 2. D. eod.* quapropter, si cui eximatur commercatus viae publicae interdicto locus est. *l. 2. §. 25. D. eod. & l. 1. D. de loc. & itin. publ.* Denique, si quid etiam iuris magistratibus in *via publica* competeret, tamen temperare sibi deberent, ne cadauera detinerentur. Nam si **PAPINIANO** credimus, *l. 43. de rel.* propter publicam utilitatem, ne cadauera insepulta iaceant, strictam rationem, id est, regulam iuris, (quo sensu ratio *l. 16. D. de leg.* & alibi passim accipitur,) strictam, inquam, rationem deferimus, & humanitati locum damus. Imo vero ob hanc causam etiam vectigalia ab illis, qui funus transuehant, exigere non posse **CIVILIUS** *p)* comprobatur: ut nihil illis, qui cadauera transferunt, impedimento sit, nulla a quoquam mora in itinere obiciatur. *l. ult. C. de rel.* Igitur & ipsi principes propter translationis commoditatem non nihil de stricta ratione remiserunt. Et audeant tamen magistratus oppidorum, denunciationis cuiusdam ritus solennes, & infructuosos verborum honores, ab illis, qui cadauer transferunt, desiderare, & rem, plenam acerbissimi luctus, sua morositate intolerabilem facere, aut iter facientium diligentiae difficultatem maximam afferre. Mihi certe videntur illi, maxime, si notum sit omnibus, quod funus auctoritate, & permisso, magistratus ecclesiastici, aut iusta ex causa,

p) **CIVILIS** *l. XI. obs. 22.* Videntur quidem *l. 37. D. relig.* vectigalia ad sumptus funeris referri; sed eo loco aut *vestiaria* legenda sunt, aut lex illa per *l. ult. C. de rel.* sublata est.

caussa, ducatur, non solum iniuriarum actione teneri: a *l. 8. D. de relig.* sed & interdicto, de mortuo inferendo, ex *l. 1. §. 1. D. de mort. inf.* itemque extraordinariis actionibus, ex *l. 38. D. de relig.* & ex edicto D. MARCI, a *l. 3. §. 4. de sep. viol.* contra ipsos locus esse: ne corpora temere vexentur, & derineantur. Quod vero multi ex ICTis permissionis schedulam in singulis locis magistratui, merum imperium habenti, exhibendam esse, aiunt, ut constet, cadauer transportandum morte violenta, in quam inquirendum alias erat, non esse extinctum, hoc mihi durum videtur, & cum acerbitate aliqua coniunctum. Enimvero expediti iuris est, *delicta*, nisi probabili indicio prodantur, *non praesumi*. An igitur magistratus, cadauere conspecto, statim illud violenta morte esse extinctum, poterit omnino recte suspicari? Misera profecta esset conditio illorum, qui funus ducunt, si, quod illi desiderant, probandum esset, corpus illud non morte violenta periisse. Quis vnquam postulauit, ut quis crimine se purget, si nullis indiciis in suspicionem adducatur? Sæpius profecto naturali morte, quam violenta homines occumbunt. Ergo, quæ plerumque sunt facilius, quam quæ raro accidunt, credi debent. Imo vero, si ex solo conspectu cadaueris suspicio cædis oriretur; ad officium magistratus pertineret, ut, quotiescunque aliquis in sua ciuitate moritur, inquireret, an morte violenta occubuerit defunctus: igitur funestæ familiæ, quæ in tanto luctu blande potius afficienda esset, statim licet, statim fasces & secures imminebunt, qui, qua morte defunctus occubuerit, inquirent. Quibus omnibus adducor, ut credam, non esse necessarium, ut oppidorum magistratibus, per quorum fines cadauera transferri debent id denuncietur. Contra, si suspicio cædis iusta oriatur, nemo magistratum prohibet, ne ex officio in illam rem inquireat. Extremo, quod illustri BERGERVS affirmat, si cadauer per locum iurisdictionis transferatur, *solere* illud magistratui denunciari; ad consilii potius rationem pertinet, quam ad legem, & officii necessitatem. Neque enim negauerim, consultum esse, ut denuncietur; ne qua pompæ funebri mora a magistratibus obiiciatur, utque iter facientium securitas a magistratu defendatur, atque omnibus difficultatibus omnino tempestiue occurratur. Sed illustri & beato viro non in mentem venit, quod hoc moribus vniuersæ Germaniæ receptum sit, ut translatio cadaueris omnibus magistratibus denuncietur. Certe, sicubi illa consuetudo obtineat, contrariæ consuetudini, & remediis possessoriiis, locum dari posse credo, quibus illi, qui funus ducant, defendantur. Ita certe ordini ICTorum in hac academia visum est, cum aliquando acta ab exteris transmissa essent, in quibus eiusmodi species tractabatur: nobilis quidam mortuus erat, quem heredes, via quadam, qua sæpius ex illa domo corpora mortuorum deducta erant, in hereditarium sepulchrum transuehebant. Sed magistratus pagi vicini, cuius fines illa vita attingebat, sibi denunciandam fuisse translationem existimauerat: ideoque collecta rusticorum manu, fustibus & hastis armata, viam obsederat. Cum

pompa funebris illum locum attigisset, ventum erat ad manus, visque vi repulsa: heredes mortui illum, qui viam obsederat, in ius vocauerant, & remedio retinendæ possessionis, vel quasi, vi cuius funus sibi via ista sine denunciatione transferre liceat, vti erant: reus ad ius commune, & consuetudinem Germaniæ vniuersæ, pronocauerat. Sed ab ordine Ictorum, Mense Junio 1732. responsum: Daß Klägere bey der erlangten possess vel quasi des Rechts, ihre Leichen von B. nach B. ohne solches in Beklagters Gerichten anzumelden, auf der von C. nach B. abgehenden ordentlichen Straße führen zu lassen, so lange bis Beklagter im petitorio ein anders ausgeführet, billig zu schützen 2c. B. R. W. adiectis, inter alias, his rationibus: Alldieweilen Klägers possess vel quasi aus denen angezogenen endlichen attestatis zur Gnüge erhellet, auch, vermöge der natürlichen Freyheit, einem jeden, sich der ordentlichen Straße zu gebrauchen, frey stehet, also Klägere eine starke præsumtion vor sich haben, demnach, Beklagter, wenn er die Vorbenführung der Leichen ohne vorhergehende requisition fernerhin nicht gestatten will, dießfalls im petitorio ein ius prohibendi ausführen muß, 2c. So ist als im Urtheil enthalten, von uns billig erkannt.

Sed, si per alterius *principis* territorium funus transferendum, vtique *venia* impetranda est, secundum strictam iuris rationem: cum vicini principis permissio, extra territorium, fructu careat, atque alterius concessio de alterius iuribus & potestate nihil detrahere, neque iura vicini infirmare, possit. Quamvis humanitatis certe, & gentium, officia, ne durius cum mortuorum corporibus agatur, & ne, quod sibi a vicinis præstari optant, ipsi illis denegent, impedire videantur.



XVIII.

D I S S E R T A T I O

DE IVRE VRBES MVNIENDI
ET
MVNITIONES REFICIENDI.

EX LEGIBVS ROMANIS ET IMPERII GERMANICI PVBLICIS.

VITEMBERGAE, AD D. AVG. ANNO Q. S. P. E. MDCCXXXIV.

§. I.

Quandoquidem, teste TULLIO, ^{a)} si circumspiciamus omnia, quæ hominibus grata & iucunda sunt, nihil tam populare, quam *pacem*, quam concordiam, quam otium, reperiemus, eiusque felicitatis fructus, nobis quidem, qui in studio litterarum occupamur, tanto dulcior esse debet, quanto certius, non in rebus impeditis atque perturbatis nascitur doctrina liberalis, sed *pacis* comes est, otiique socia, & florentis reipublicæ alumna; ^{b)} immortales potentissimo regi, *Augusto* III. patri patriæ longe clementissimo, gratias debemus, quod, præter innumera beneficia, quibus ab ipso Saxonia ornatur, non solum *eius* cura & providentia effectum est, ut, in summa perturbatione Germaniæ, & gentium finitimarum, *pacem* tutam, & tranquillam, & placidissimam trahamus, sed quod etiam prospexit, ne periculum sit, ut illa in posterum omnino careamus. Enimvero, recte EPAMINONDAS ^{c)} Thebanos docuit, qui diutina *pace* frui velint, *bello* exercitatos esse debere: & Corinthii apud THVCYDIDEM ^{d)} sapienter monuerunt, *pacem* imprimis studio armorum, & belli, confirmari: neque, præcipiente PATERCVLO, ^{e)} celerius quisquam opprimatur, quam qui nihil timet: denique securitas pacis, & otium, si CATVLLVM ^{f)} audiamus, etiam reges, & *urbes*, perdidit, atque in periculum adduxit. Quapropter sapientissime augustissimus pater patriæ haud ita pridem d. 29. April. huius anni, magistratibus oppidorum & urbium edixit, darent operam, ne

T 2 quid,

^{a)} CIC. orat. I. pro leg. agraria, circa fin. t. II. op. p. 403.^{b)} CIC. in Bruto,

c. 12.

^{c)} NEPOS in Epaminond. c. 5. 3. 4.^{d)} THVCYD. hist. I. I.

edit. Henrici Steph. p. 81. lit. D. ἐκ πολέμου εἰρήνην μᾶλλον βεβαιῶται, ἀφ' ἡσυχίας δὲ μὴ πολεμῆσαι ἔχ' ὁμοίως ἀκινδυνόν.

^{e)} VELL. PAT. lib. II.

c. 118. n. 2.

^{f)} CATVLL. carm. 49.

Otium & reges prius, & beatas perdidit urbes.

quid, per otium, oppida detrimenti acciperent, iuventutem atque ciuitatem haberent in armis, sagittariorum industriam acuerent, commeatus, & reliquas merces, quibus ad prohibendam iniuriam hostium, & bellum administrandum opus esset, conueherent, atque ad futura pericula, si qua acciderent, reseruarent, *urbes* inprimis *munirent*, excubias & vigilias disponderent, *muros, fossas, opera, portas* reficerent, & praesidiis firmarent, nihil omitterent, quod ad spem & fructum securitatis, non solum praesentis, sed etiam futurae, pertineret. Audiamus verba potentissimi Augusti:

So ist Unser gnädigstes Begehren, und zugleich ernster Befehl, daß die Räte in denen haltbaren Städten die Mauern, Graben, und Thore, wo selbige etwa eingegangen, ohne den geringsten Zeit-Verlust, repariren, die letztere mit tüchtiger, wehrhafter Mannschaft besetzen, 2c. 2c. nicht weniger bey nächtlicher Zeit, die mit Wache versehenen Thore wohl zuhalten, hiernächst sämtliche Räte die Bürgerschaften in die Waffen bringen, nicht weniger die Verfügung treffen, daß sie mit guten Gewehr, und dazu gehöriger Munition in Zeiten versehen, vornehmlich die jedes Orts aufgerichtete Schützen-Gesellschaften, welche auch in dieser Absicht mit besondern Befreyungen versehen, in gute Ordnung setzen, damit dieselben so wohl die Städte selbst defendiren, als auch an dieselige Orte, wo sie hin commandiret werden dürften, so fort marchiren können 2c. 2c.

Quod consilium, tanto principe dignissimum, ut optime eueniat, patriæque commodum & salutare sit, ex animo precamur. Sed, quanquam nos quidem gladiis & clypeis, & thoracibus non nitimur, soloque *vocis munimine*, quod LEO & ANTHEMIVS imperatores *l. 14. C. de aduocat. diuers. iudicior.* aduocatis præceperunt, patriam defendere, & prodesse reipublicæ debemus; ne tamen nostra pietas in communibus patriæ necessitatibus desideretur, & otiosa sit, defungemur qualicunque officio, & de iure *munendi urbes*, quibus auspiciis *munitiones institutæ*, in Germania inprimis, quorum auctoritate *amplificatæ* sint, quorum studio & sumptibus *reficiantur*, commendatione luculenta exponemus.

§. II.

*Studium
securitatis et
munitionum
natura nobis
commendat.*

Ita nos natura comparauit, ut ad prohibenda pericula, iniuriæque pre-pulsandam, & securitatem, etiam cum iactura insignium bonorum, redimendam, maiori fere, quam ad commoditates vitæ sectandas, & iucunditates procurandas, studio feramur. Enimvero, cum sensus calamitatis, & incommodorum, quem natura auersatur, etiam coniunctus sit cum iactura praesentium bonorum, atque voluptatis, eodemque tempore, quo molestias patimur, a quibus abhorremus, etiam deliciae, & suauitates, quas quarimus, nobis subtrahantur; necesse est, si quid mali ingruat, duplici dolore nos attingi: contra, cum omnis de-

delectatio simplici iucunditate, quæ mox prætereat, & evanescat, finiatur; consequens est, gravius animum, atque vehementius cogitatione & metu malorum, quam spe, & studio commoditatum, atque emolumentorum, commoveri. Quapropter, quamvis affirmare non ausim, quod HIERONYMVS RHODIVS, apud TULLIVM g) docuit, illud summum bonum esse, *nihil dolere*, & voluptatem ipsam positam esse in vacuitate aliqua ægritudinis & molestiarum; illud tamen expeditum est, homines imagine periculorum vehementissime perturbari, atque ab ipsa nos natura compelli, vt studio, & cogitatione, & nervis omnibus, inprimis a malis imminentibus nos defendamus, atque res nostras in loco idoneo, & contra periculi suspicionem *munito*, collocemus, vt metu, iniuria, dolore carere studeamus. Ipsa diuina illa providentia, qua regimur, illa effectrix & procuratrix tantarum, tamque admirabilium utilitatum, dici non potest, quam sollicite ipsi etiam corpori nostro prospexerit securitatem, quam diligenter cauerit, ne quid excellens illa humani corpusculi fabrica omnino detrimenti patiatur. Hoc est, quod palpebræ, munitæ tanquam vallo aliquo pilorum, oculos, prominente quodam *munimento*, aduersus occurrentia animalia defendunt, & si quid fortuito incidat, repellunt, h) atque ad omnes partes cum celeritate maxima mouentur: quodque ipsi oculi, non solum tanquam speculatores altissimum locum obtinent, sed latent etiam utiliter, & excellis vndique partibus *sepiuntur*: nasus ita collocatus, vt quasi *murus* quidam oculis interiectus videatur. Porro interioris corporis partes externis, palatum lingua, hæc dentibus, dentes labiis, nervi cuticula teguntur, totum corpus manibus, quasi *propugnaculis* quibusdam, ad arcendum dedecus, atque iniuriam, oppositis, atque obiectis, defenduntur. Ex quibus omnibus collatis inter sese, atque comparatis, cum ipsum corpus tam provide munitum, & protectum intelligerent, homines, magistra adeo natura, artes ad vsum vitæ necessarias effecerunt, & perfectissimum exemplum imitati, turres excitarunt, moles instituerunt, machinationes instruxerunt, seque, & paruulos liberos, supellectilem, & greges, diuina, & humana omnia, substructionibus, muris, maceria, vallo, operibus lateritiis, cinxerunt, & si alia non essent in promptu, naturalibus sepimentis, quæ VARRO appellat i) vsi sunt, illa spinis & virgulis, quæ introeuntium vim prohiberent, obseuerunt: nihil, nisi quod obtectum, & ab omnibus partibus obfirmatum esset, tutum, certumque crediderunt: k) denique illam vocem natu-

T 3

ræ,

g) CIC. de fin. bon. & mal. l. II. c. 14.

h) CIC. de nat. Deor. II. 21. PLIN.

hist. nat. l. XI. c. 13.

i) VARRO de re rustica, l. I. c. 14.

k) Eun-

dem fere in modum ab augustissimo legislatore, edicto supra excitato, d. dato 29.

April. 1734. rusticis nostris imperatum: Ferner ist unser allergnädigstes, und zum

besten derer auf dem Lande wohnenden, abzielendes Ansehen dahin gerichtet, daß

sie ihr in der Wirtschaft entbehrliches Getreide und sonst habende Vorräthe, bey

Zeiten in die nächst anliegende haltbare Orte bringen, bey mehr annahender Gefahr

aber,

ræ, quam FLORENTINVS l. 3. *D. de iustit. & iur.* tradit, acceperunt, ut vim atque iniuriam propulsare liceat; &, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur.

§. III.

*Omnes fe-
re gentes mu-
nitionum
studio tenen-
tur.*

Quæ singulorum in suis, suorumque, sedibus vallandis, & munitione feriendis, cura & prouidentia fuerat, ad gentes etiam, & nationes transiit, atque a nullis intermissa, tanto grauior omnibus visa est, quanto magis intererat, vagam multitudinem, quæ in vnius ciuitatis corpus coalescere debebat, vinculis quibusdam, & studio communis securitatis, contineri: qua soluta, & amissa, necesse erat, diuidi membra ciuitatum, & diffugere, atque omnino dilabi in diuersas partes. Vix operæ pretium est, ire per exempla. Necessitas, & natura, & populi, qua patet terrarum orbis, finibus inter se discreti, argumento sunt, interiiciendam fuisse in medio molem inter illos, qui rationes separatas, & seiuncta inter se commoda haberent: cum, quamuis, docente FLORENTINO, l. 3. *D. de iust. & iur.* natura cognationem quandam inter nos constituerit, adeoque nefas sit, hominem homini insidiari, tamen statim ab initio homines hominibus suspecti fuerint, &, ne quid alter sibi in alterum licere crederet, timuerint, atque omnino tutos se non esse posse crediderint, nisi oppositis quibusdam repagulis vim imminentem prohiberent.

Quidam, dissimulato nomine, rem retinuerunt, nisi vel naturæ beneficio, & locorum opportunitate, vel vi armorum, & militum alacritate, vel alio præsidio, ut res ferebat, comparato. *Scytharum* quidem solitudines, atque negligentia munitionum, & ædificandi, Græco etiam prouerbio deridebatur. Sed noli existimare, Scythas omnino consilia securitatis muniendæ neglexisse. Plaudunt enim sibi de securitate sua apud Q. CURTIUM ¹⁾ quod deserta, & humano cultu vacua, potius sequantur, quam vrbes, atque munimenta: cum ipsos locorum natura, & exercitatio armorum satis munisset. Igitur ab Alexandri exercitu omnino non timebant, cum ipsi latibulis sylvarum, & itinerum ambagibus, defenderentur: ex quibus, vbi res postulabat, reuertebantur opportune, &, si quis procul ipsos abesse crederet, in hostium castris versabantur. Itaque hæc

aber, und besorglichen Streiffereyen, diejenige Veranstellungen, welche in dem Eingangs: erwehnten Mandate, ihnen allbereit angezeigt, befolgen, sich auch nach Befinden und Situation derer Orthe, in die nechste Wälder saluiren, darinn verhalten, und dem räuberischen Feinde, durch Vorkehrung aller möglichen und standhaften Gegenwehr, welcher Wir von Unseren getreuen Vasallen und Unterthanen umb so viel mehr gewärtig seyn, als die Uns geleistete theuere Unterthanen: Pflicht und Schuldigkeit, sie ohnedies darzu verbindet, und dero Vorfahren ihnen hierunter, und besonders in vorigen Kriegs: Kämpfen, mit gutem Exempel vorgegangen, Abbruch zu thun, von selbst bereit seyn werden ic.

1) Q. CURTIUS l. VII. c. 8. §. 22. 23.

hæc arx inaccessa, hoc firmissimum ipsis, quod PLINIVS de Traiano affirmabat, ^{m)} *munimentum* fuit, quod *munimento non egerent*, id est, quod in natura locorum, & opportunitate casuum, præsidium subitarium quærent, quod alii vix operibus, & industria, & arte, comparabant. Igitur ne Scythæ quidem a naturali arte sedes muniendi abhorrebant. *Maiores nostri*, & ex illis Tencteri maxime, quos ad Rhenum incoluisse, TACITVS observat, ⁿ⁾ ab Vbiis, ut *munimenta* servitii, *muros*, coloniarum detraherent, postulauerunt: quod etiam fera animalia, si *clausa* teneas, virtutis pristinae obliuiscantur. ^{o)} Adeoque videntur auersati esse *moenia*, ut cingi illis, velut animalia retibus, non solum non cuperent, sed etiam, si quid tale a quibusdam factum esset, illud turpe, & cum ignominia coniunctum esse, arbitrarentur. ^{p)} Naturam aperuisse terras omnes viris fortibus, commemorabant: ^{q)} inque illa sententia tam pertinaciter perseverabant, ut, si TACITVM audias, ^{r)} nullas Germaniarum populi *vrbes* habitarent, ne iunctas quidem inter se domos paterentur; sed inter se discreti, & diuersi, colerent, ut fons, ut nemus, placuisset. Vicos certe coherentibus, & connexis aedificiis, omnino non ferebant. Quod ne homo, in Germania peregrinus, commentus esse, aut vera ignorasse, videatur, qua criminatione THOMASIVS ^{s)} in Tacitum vitur; moris prisca apud Germanos vestigia etiam hodie observantur: quandoquidem prædia nobilium, quae sola videntur veterum aedificia fuisse, circumiectis seruatorum, & rusticorum tuguriis, quibus familiam etiam veteres recipiebant, solitaria, atque a vicinis, intervallo non modico, seiuncta, etiam nostris temporibus, perdurant.

Sed, ne tamen existimes, Germanos a studio securitatis, & machinationibus, aduersus impetum, & hostes, instruendis, quarum necessitatem natura ipsis imponebat, penitus abhorruisse. *Muros* quidem, quibus colonia a Romanis clausa tenebatur, & *munimenta* servitii, sibi circumponi, indignius ferebant: non quod hæc ad securitatem necessaria non iudicarent; sed, quia moenia, a victoribus, non tam securitatis causa, quam, ut ipsi in officio, & servitute contineantur, instituta esse intelligebant. Ipsi vero, recte eodem TACITO, ^{t)} suam quisque domum *spatio* circumdabant, & sepe *muniabant*, siue aduersus ignis casus remedium, seu, quod aliud consilium non suppetebat, inscitia aedificandi. In tanta igitur simplicitate vitae, & consensu animorum, quo Germani plerique inter se coniungebantur, satis videbatur, si singuli se, & domum suam, priuatis munitionibus, periculi suspitione liberarent. Vrbes vero, & oppida, non instituebant; sed, cum ad arma ven-

ium

^{m)} PLIN. in panegy. Trai. dict. cap. 49. §. 3.

& 38.

cap. 10.

^{s)} THOMAS. de iure dandæ ciuit. §. 17.

^{o)} TAC. hist. l. IV. c. 64.

^{q)} TAC. hist. IV. c. 64.

ⁿ⁾ TAC. de morib. Germ. c. 32.

^{p)} AMMIAN. Marcell. l. XVI.

^{r)} TAC. de mor. Germ. cap. 16.

^{t)} TAC. de mor. Germ. c. 16.

tum esset, vniuersi pro singulis se opponebant. Praeterea, vt, in rebus difficilibus, esset, quo se reciperent, *specus* subterraneos aperiebant, ^{u)} suffugium hiemi, receptaculum frugibus, aut, si quando hostis ingrueret, vt ipsi laterent, & fallerent praetereuntes. Hanc solertiam, ad securitatem priuatam, atque singulorum, sufficere credebant. Ciuitates autem vniuersae, sedes suas *desertis* etiam, quibus hostes arcerentur, & solitudinibus, *vallabant*. Ciuitatibus enim, teste CAESARE ^{x)} maxima laus erat, quam latissimas circum se, vastatis finibus, *solitudines* habere. Hoc enim se *tutiores* arbitrabantur. repentinae incursionis metu, ipsa vastatione finium, sublato. Extremo, faciamus, munitiones neglexisse penitus Germanos; totam tamen Germaniam defendere imprimis Rhenus credebatur, ^{y)} difficillimus traiectu, donec Caesar mirifico opere naturam superaret.

Ex quibus rebus apparet, non contempsisse Germanos munitiones, & praesidia securitatis; sed *moles* duntaxat, atque *moenia*, non excitasse: quum & inter se, propter fidem, & amicitiam, quam sanctissime colebant, tuti essent, & ab exteris, ipsius naturae prouidentia. defenderentur. Qua commoditate cum carerent Galli, diligentius aedificarunt, & *vrbes* *moenibus* tam sollicite cinxerunt, vt horum altitudinem, & decus, ad vtilitatem, & defensionem vrbiū, accommodatum, CAESAR etiam probaret ^{z)} & magistram summi artificii, naturam miraretur.

Vides igitur, gentes plerasque, etiam illo tempore, quo, ad reliquas commoditates, nondum satis opportunitatis, & praesidii, habebant, primum, maximumque, studium in securitate vitae, & defensione sedium, omnino posuisse. Soli fere SPARTANI, ad ingenium Lycurgi singularibus praeceptis informati, videntur a gentium reliquarum institutis discessisse ^{a)} Magis enim scientiae rei militaris, & exercitationi armorum, quam substructionibus, & operibus, & *muris* tribuerunt: urbem *armis*, non *moenibus*, defendendam censuerunt. Sed haec tunc quidem acciderunt, cum vel sola paupertas Lacedaemonios, ab incursione gentium finitimarum, defenderet, & tantum ipsi reliquos vincerent scientia pugnandi, quantum reliqui Spartanos copia diuitiarum superabant: vt ciuium virtus vrbi murus esse posse videretur, & contra ipsos alii consistere omnino non auderent. Sed, postquam auctae sunt difficultates bellorum, vt Graeciae omnes nationes non minus exercitatione armorum, quam opibus, valerent, sparta etiam moenibus cincta est, & aduersus vim hostium munita. Quod cum lacedemonii facerent, non iam degenerarunt a maioribus, quod IUSTINVS caussatur, ^{b)} quam necessitati obtemperauerunt, quae praesidium aduersus vim hostium quaere-

re

^{u)} Id. eod. loco.^{x)} CAES. de bell. l. gall. VI. 23.^{y)} Id. l. IV. c. 16. §. 1.

& 2.

^{z)} CAES. de bell. gall. l. VII. c. 22. 23.^{a)} IUSTIN. hist. XIV.

c. 5.

^{b)} IUSTIN. eod. loc.

re iubebat, cum, ciues saluos non futuros, cernerent, nisi intra *muros* conderentur.

§. IV.

Igitur apparet, omnes fere gentes, quibus cura salutis suae, & conseruandarum rerum, commendatior fuit, praesidiis quibusdam, aduersus ingruentem vim hostium &, inprimis *munitionibus*, vsas fuisse; quandoquidem satius videbatur, securitatem vitae, & diuinarum, humanarumque, rerum omnium possessionem, *molibus*, & substructionibus saxorum, quam sanguine ciuium, defendi, tutiusque erat, vim hostium *propugnaculis* e longinquo, quam cominus *exercitu*, arcere.

Vrbes maxime muris & munitionibus a vicis secernuntur.

Sed inprimis tamen *vrbes*, quibus praecipuus rerum publicarum nervus continetur, apud gentes plerasque videntur *muris*, atque operibus, *munitae*: vt de summa rerum ibi iutius deliberetur, & conuentus procerum commodius haberi possint, vtque sit aliquod suffugium commune, in quod, si qua vis maior immineat, res maximi pretii, quas quisque seruari velit, e locis minus idoneis, tanquam in portum, conuehantur. Enimvero, quod Illustris BOEHMERVS ^{c)} a *tyrannis* vrbes excitatas, & mœnia, non tam securitatis causa, quam, vt vaga multitudo, quae in ciuitates confluerat, quasi carceribus quibusdam, compesci posset, instituta esse, monet, me non adducit, vt a sententia discedam. Vnius enim consilii plures possunt esse causae, & inter illas ea probabilior est, quae & ipsi negotio, & generatim ingenio humano, esse accommodatior videtur. Certe, etiam tyranni, magis fere habent, quod ab exteris, & finitimis gentibus, metuant, quam a ciuibus suis, qui in vnum corpus coaluerunt, &, ipsis necessitatibus suis, & cognationibus inter se complicati, & constricti, continentur. Praeterea, ipsa operum, & munitionum, forma magis ad vim externam propulsandam, quam ad ciues coercendos, comparata est: vt ausim affirmare, *vrbes*, inprimis *securitatis* externae causa, *muris* & *aggeribus* munitas.

Illud caret dubitatione, *vrbes* ab vniuersitate agrorum, & *vicis*, atque rusticorum tuguriis, maxime *muris* & *fossis*, & munitionibus, discerni. Germani vrbes *Städte*, deducto nomine, ab eo quod *firmum* & *stabile*, & satis munitum est, a voce *stet*, id est, *festè*, appellarunt; vt intelligatur, Germanos in vrbes, tanquam in sedes stabiles, & certas, & munitas, confugisse. Ideo, ciues etiam, qui in vrbibus incolunt, *burgenses* dicti sunt, *Bürger*, a *burgis*, & *munitionibus*, aut castellis, & operibus, quibus vrbes defenduntur. Certe fines illi, ad quos obtinendos vrbes in Germania

ex-

c) BOEHMER, ius publ. vnin. part. spec. l. I. c. 1. §. 14 seqq.

exstructæ sunt, ostendunt, vrbes sine munitionibus, & muris, parum fuisse profuturas. Germani enim vrbes *opificum* causa, ut illi in tuto essent, nullisque periculis perturbarentur, utque *conuiuia*, & conuentus, securius haberi, ut *episcopi* commoditatibus vitæ tranquillæ, & securæ, vii possent, condiderunt. De quo argumento erit deinceps locus exponendi. Hæc omnia, illis temporibus, quibus omnia per vim administrabantur, sperari non poterant, nisi *muris*, & munitionibus, & portis, latrones, atque incursiones hostium repentinæ, arcerentur. Igitur videtur natura negotii, & causa, propter quam vrbes institutæ sunt, postulauisse, ut *vrbes muris* cingerentur. Certe maiores nostri, veteri prouerbio, quod SCHOTTELIVS ^{d)} itemque HERTIVS ^{e)} inter Germanorum paroemias, enarrarunt, *Bürger und Bure, scheidet nichts, denn die Mure*: seu, quod nostri dicunt, *Bürger und Buren, scheidet nichts, denn die Mauren*, a rusticis burgenfes, solis duntaxat mœnibus, discerni, olim quidem professi sunt. Nihil igitur, si rem ex more maiorum æstimes, certius, quam quod supra diximus, inter vrbes & vicos, inter ciuium coniunctiones, & rusticorum sodalitates, quantum ad formam externam attinet, solum discrimen *murorum* & mœnium, quibus in urbibus locus erat, interfuisse. Quapropter Germani utraque voce, *Stadt und Mauren*, promiscue vsi sunt: & in trita paroemia: *Es fliegt keine Henne über die Mauren*, tradente BESOLD, ^{f)} atque HERTIO ^{g)} murorum appellatione vrbes notauerunt. Itaque, ab initio, *muris*, & *moenia*, si veteres audias, *urbium* propria visa sunt, & *muris* nominatis, vrbes intellectæ. ^{h)} Postea, cum omnia satis tuta in prouinciis haberentur, nihilque ab illis, qui eiusdem principis imperio continentur, timeri posset, munitiones interdum ab illis, qui in urbibus incolebant, intermissæ, & satis visum est, fines tantum cuiusque prouinciæ, operibus, atque praesidiis, firmari. Ex illo tempore vrbes in *urbes munitas*, *haltbare Städte*, so mit Mauren Graben und Thoren versehen, & *urbes apertas*, *offene Städte*, diuisæ sunt: cum quædam vrbes vel loci natura satis munitæ viderentur, vel incolae solis iuribus burgenfium contenti essent, & munitiones non desiderarent, neglectis moribus, & institutis, maiorum, qui vrbes mœnibus cinxerunt.

Id enim certum est, muros, & mœnia, *urbibus*, quas veteres praesidium aduersus pericula esse voluerunt, imprimis conuenire. Neque res egeret disputatione, nisi V. C. GEORGIUS BEYERVS ⁱ⁾ turbas daret.

Ille

^{d)} SCHOTTEL, von der teutschen Haupt, Epr. I. §. tract. 3. §. 18. ^{e)} HERTIVS I. II. de paroemiis iuris German. paroem. 10. t. III. opusc. vol. I. p. 602.
^{f)} BESOLD, de tribus domest. societ. spec. disc. I. c. 6. §. 4. ^{g)} HERTIVS de paroem. iur. germ. II. paroem. II. vol. I. t. III. p. 608. ^{h)} CONRING. de urb. Germ. §. 4. ⁱ⁾ BEYER, spec. iur. Germ. I. L. c. 2. §. 2.

Ille enim auctor est, etiam *vicos* subinde in Franconia, & finitimis tractibus, opere lateritio vallari. Sed quis non videt, quantum discriminis inter *opus lateritium*, cui in vicis locus est, & quo vix oves & vituli arcentur, & inter *muros*, quibus vrbes, ad impetum hostium arcendum, muniuntur, intercedat. Sed faciamus, *vicos* in Franconia iisdem, quibus vrbes, mœnibus firmari. Illud tamen nemini dubium est, hoc institutum abhorrire a maiorum moribus, illisque vicis, si qui muniti sunt, aliquid *iuris urbici* a posteris admixtum esse.

Sed de Germanorum urbibus deinceps videbimus. *Romani* profecto, urbem, quae mœnibus careat, ne cogitare quidem potuerunt, Pomponius enim l. 239 §. 6. D. de V. S. urbem ab urbo, ait, appellatam: sed urbem appellari curuaturam *aratri*, quod in vrbe condenda adhiberi solet. Illo aratro circulus exprimendus erat, & definiendus locus, quo mœnia constituerentur. Docet illud *CATO* apud *ISIDORVM* ^{k)} qui ab illo, qui urbem condit, tauro vel vacca arandum esse, ait, & ubi arauerit, ibi murum faciendum. Hoc ritu ipsum *Romulum* in vrbe condenda usum esse, *NASSO* ^{l)} affirmat:

Ipse premens stiuam, designat moenia sulco.

Idem etiam *MANILIUS* ^{m)} illis, qui vrbes instituunt, praecipit:

Moenia succinctus curuo describat aratro.
ⁿ⁾ iunctisque iuuentis

Nolo verbosus esse in re manifesta, quam praeses singulari commentatione de publica ceremonia, qua vrbes condebantur, enarrauit.

Illud apertum est, vrbes ab urbo, id est, sulco, quibus locus *moenium* designabatur, a Romanis dictas esse: adeoque *urbem*, quae mœnibus careat, omnino intelligi non posse. Ne quis dubitet, etiam *PAVLVS* l. 2. D. de V. S. *muris*, inquit, urbis appellatio finitur. *Romulus* certe in tanta paupertate sua, *urbem*, quam instituerat, muris, & mœnibus firmavit, illisque credidit praecipuam urbis sanctitatem contineri. ⁿ⁾ Quousque enim territorium urbis proferebatur, eousque urbs munitionibus crescebat: cum, teste *LIVIO* ^{o)} alia atque alia appetendo loca, urbem, non ad id, quod tum hominum erat, sed, in spem magis futurae multitudinis, muniret. Vrbes igitur muris cinctae sunt; sed prout cuiusque populi facultates hoc ferebant, aut *lateritiis*, aut etiam *lapideis* subinde. In tam exiguis initiis, a quibus magnitudo urbis profecta est, *Romulo* satis fuit, urbem opere lateritio munire. Sed *Tarquinius*, *muro lapideo*, *Romam*, qua nondum munita erat, cingere parabat: ^{p)} ut intelligatur, a prima reipublicae Romanae origine, vr-

V 2

berm

k) *ISIDOR.* orig. XV. c. 2. p. m. 1191.

l) *OVID.* fast. IV. v. 825.

m) *MA-*

NIL. astron. l. IV. v. 562.

n) *LIV.* l. I. c. 7.

o) *Id.* l. I. c. 3.

p) *Id.* l. I. c. 38.

hem *moenia* desiderasse. Idem studium etiam reliquos, qui circa erant, populos tenuit. Docet enim MARCIANVS l. 8. §. 2. *D. de diuis. rer.* ne quidem *municipia* omnino *muris* caruisse; sed ex auctoritate SABINI, & CASSII, *muros* etiam sanctos in municipiis fuisse. Apertissime TULLIVS, praeter *continentia aedificia*, in urbibus *mœnia* desiderauit. *Domicilia*, 1) inquit, *coniuncta*, quas *urbes* dicimus, inuento diuino, & humano iure, *mœnibus* sepserunt. Itaque munitiones urbium propriae videntur. Neque tamen hoc te ignorare velim, ab *urbibus munitis*, & Romano, & Germanorum iure, *castella* & *fortalitia* seiungi: cum istae ad hostes aditu, & aedificiis continentibus, *muris*, & *fossa*, arcendos, *castella* vero, & *fortalitia*, non solum ad ciues in officio continendos, sed etiam, ad vim hostium e longinquo insiringendam, iterque in prouinciam imprimis operibus, & machinationibus, defendendum, comparata esse videantur. De quibus deinceps copiosius a nobis exponetur.

§. V.

Legibus Romanis ius urbes munendi summæ potestati exhibetur.

Quanto magis igitur omnium intererat, urbes *muris*, & munitionibus, communis securitatis causa, cingi, & firmari; tanto facilius multitudo, postquam in vnius ciuitatis corpus coaluerat, & maiestas constituta erat, *mœnibus*, ad utilitatem publicam exstructis, contra ipsos principes uti, & intra has munitiones, occasionem seditionum, & obsequii detrectandi, quaerere omnino potuisset: nisi illi, penes quos imperium erat, *publica* auctoritate, urbium munitiones, atque *mœnia*, rexissent. Itaque, cum nefas esset, in republica, quemquam aliquid habere in potestate, quod ad frangendam imperantium auctoritatem pertineret, aut ad vim faciendam spectare videretur; consequens fuit, *ius muniendi urbes*, aut *muros*, *fossasque*, & *turres*, & *propugnacula* instituendi, ad summos *magistratus* duntaxat, illosque, qui summam rerum obtinent, in ciuitate, pertinere. Enimvero illa, quae *publice* utilia sunt, & non tam ad securitatem singulorum, quam omnium, atque ad ipsum reipublicae statum spectant, docente VLPIANO, l. 1. §. 2. *D. de iust. & iur. ad ius publicum*, & summorum magistratuum in ciuitate potestatem, referuntur. Non obscure TULLIVS 2) illud tradit, qui urbes inuento demum *diuino* & *humano iure*, *mœnibus* septas esse affirmat; ut intelligatur, *ius murorum*, & *mœnium*, a maiestate imperantium pendere. Quae res apud illos, qui Romanis legibus utuntur, nihil habet dubitationis: cum, illo iure, *muris*, non solum Romae, sed etiam in municipiis, *sancti* & *diuini iuris* haberentur: & si quis illos violauerit, in illum poena capitis esset constituta. Ita enim SABINVS & CASSIVS, apud MARCIANVM, & POMPONIVS l. 8. §. 2. l. 11. & l. 9. §. 4. *D. de diu. rer.*

1) CIC. orat. pro Sextio, c. 42.

2) CIC. orat. pro Sextio, c. 24. p. 668.

rer. tradiderunt. Sed, quæ diuini iuris sunt, *iure publico*, quod auctore VLP-
PIANO l. 1 §. 2. D. de iustit. & iur. in sacris, in sacerdotibus, in magi-
stratibus, consistebat, continentur, & reguntur ab illis, qui summum locum in
republica obtinuerunt. Igitur vrbs primo a *regibus* munita, maxime a Ro-
mulo, qui urbem muris cinxit. & subinde mœnia amplificauit: 1) deinde a
TARQUINIO PRISCO constructus murus lapideus 2) postea a SERVIO TUL-
LIO 3) adiectis exquiliis, aggere, & fossis, & muro, vrbs circumdata, atque
pomœrium prolatum. Liberata a tyrannide republica, ad *summos magistra-
tus*, ius proferendi pomœrii, & munitionum, augendarum, pertinuit: sed ne
his quidem, teste TACITO, 4) nisi etiam imperii Romani fines protulissent,
terminos vrbs propagare permissum. Neque duces Romani, quanquam magnis
nationibus subactis, ius illud vsurpauerunt, præter L. Sullam & D. Augustum.
Vides quanta fuerit religio, munitiones vrbs attingendi. Postquam potestas
ad vnum peruenit, *principes*, sed raro, de amplificandis vrbs mœnibus labora-
uerunt. CLAUDIUS certe post Augustum, auxit pomœrium, more prisco,
quo illis, qui protulere imperium, etiam terminos vrbs propagare datur. 5)
Neque enim principes, si VOPISCO 6) fides est, nisi parte agri barbarici rem-
publicam auxissent, proferendi pomœrii iure utebantur.

In prouinciis *imperatores*, qui cum exercitu in illis versabantur, ius mu-
niendi vsurpabant, & ducebant *muros*, & *castella* muniebant. IULIUS CAE-
SAR enim, a Lacu Lemano, ad montem Iuram, intra Gallorum fines, cum le-
gionibus murum, in altitudinem pedum sexdecim, fossam millia passuum de-
cem nouem, perduxit, præsidia disposuit, castella communiuit, quo facilius
hostes, si se inuito transire conarentur, prohiberi possent. 7) Præter impera-
tores exercituum, etiam *consules*, & reliqui magistratus, qui colonias deduxe-
runt, sedes; coloniis destinatas, auctoritate reipublicæ, muris munierunt. M.
enim Antonius, teste TULLIO, 8) coloniam deduxit, vt vexillum tolleret, vt
aratrum circumduceret, quo locus ædificandorum mœnium designabatur. L. V-
CANVS 9) etiam huius rei memoriam repetiit, & vota concepit, vt

Sarmaticum premeret succinctus consul aratrum.

Deinde *principes* maxime de munitionibus prouinciæ cognouerunt. GAL-
BA enim imperator, docente TRANQVILLO, 10) quasdam Hispaniarum, Gal-
liarumque, cinitates, quæ cunctantius ad ipsum accesserant, *murorum destru-
ctione* puniuit: quod gentes pleræque in argumentum criminandæ sæuitiæ tra-
xerunt. Certe, si VLPIANO l. 9. §. 4. D. de diuis. rer. credimus, *muros*

V 3

mu-

1) LIV. l. I. c. 8. OVID. Fast. IV. v. 825.

2) DIV. l. I. c. 33.

3) LIV.

l. I. c. 44. TAC. annal. XII. c. 24.

4) TACIT. loc. cit. c. 23.

5) TA-

CIT. loc. cit. c. 23. & 24.

6) VOPISC. in Aureliano, circa fin.

7) CAES.

Bell. Gall. l. I. c. 8.

8) CIC. Philipp. II. pag. 852.

9) LVCAN. pharsal.

l. VII. v. 430.

10) SYSTON. in Galba c. 12.

municipales neque reficere, neque aliquid eis coniungere, vel superponere licebat, sine *principis*, vel *præsidis* auctoritate; si vero *muri* etiam noui *exstruantur*, *MODESTINVS l. 6. D. de operib. publ.* ait, ne *præsidem* quidem hoc recte permittere, sed, ex rescripto *Diui Marci*, *præsidem*, aditum de operibus, quæ in muris, vel portis, vel rebus publicis fiant, aut, si *muri exstruantur*, *principem* consulere debere. *ARCADIUS* certe, & *Honorius*, iudices, ordinesque ciuitatum, sex libris auri *l. 13. C. de operib. publ.* mulctarunt, si quis illorum in id temeritatis erumperet, vt, *inconsulto* omnino *principe*, noui aliquid operis in vrbe inchoare moliretur. Generatim enim, secundum *VLPIANVM l. 2. §. 16. D. Ne quid in loc. publ. a principe* solet impetrari, vt quid in loco publico ædificetur. *Opus* certe nouum, quod, ad æmulationem alterius ciuitatis, ædificetur, aut *materiam seditionis præbeat*, ne priuato quidem sumptu, multo minus publico, facere licebat, sine *principis* auctoritate, quod *MACER. l. 3. pr. & §. 1. D. de oper. publ.* ait, constitutionibus principum declaratum esse. Qua lege, nemo non videt, etiam *exstructionem murorum*, & *mœnium*, & *propugnaculorum*, contineri: cum inter loci muniti opera, & speluncas latronum, nihil propemodum, præter publicam, qua vrbes muniuntur, auctoritatem, intercedat; qua omissa, & neglecta, esset oportunum, moliri res nouas, & diuina atque humana omnia, conglutinationibus hominum, & coniunctione facinorosorum, perturbare. Quare dubitari non potest, muros, citra auctoritatem *principis* exstructos, ad *seditionem* in republica spectare: ex quo apparet, ius vrbes muniendi a *principe* duntaxat impetratum, neque omnino temere, sed magna cautione, ne ciuitates munitionibus aduersus principes ipsos vterentur, petentibus concessum. *TACITVS* ^{e)} auaritiam temporum *Claudianorum* accusat, quod *ius muniendi* a principe venditum *Hierosolymitanis*, qui muros in pace, tanquam ad bellum, exstruxerunt. Sed ipse etiam *CLAVDIUS*, cum *Marius*, *Syriæ* præses, significasset, *Hierosolymitanos* noui aliquid moliri, & nouam urbem mœnibus munire, murosque ad magnam altitudinem perducere, *Agrippæ*, teste *IOSEPHO* ^{f)} vt a munienda vrbe desisteret, opusque institutum omitteret, præcepit. Ex qua re intelligitur, totum hoc negotium in prouinciis potestati principis permissum, nihilque illas nationes iuris proprii in muris habuisse. Imo, ne quidem pro consules, aut præsides prouinciarum, aut præfecti, *inconsulto principe*, de muris oppidorum cognouerunt, *l. 6. D. de op. publ.* cum illud negotium non tam ad utilitatem prouinciarum, quas illi regendas acceperant, quam ad securitatem, aut periculum, imperii Romani spectaret, si vrbes muniuntur; nisi res graues atque repentinæ postularent, vt ius munitionis præfectis generaliter permetteretur. *IVSTINIANVS* quidem *l. 2. §. 4. C. de offic. præf. præet. afr.* edixit, vt præfecti prætorio *Africæ*, vrbes, quæ olim prope clausuras, & fines, a Romanis

e) *TACIT. hist. V. c. 12.*f) *IOSEPH. antiq. iudaic. l. XIX. c. 7. p. 677. lit. D.*

tenebantur, festinent comprehendere, & diligentius munire: quandoquidem necessitates bellorum subitaneæ, & ingruentium hostium vis, & minæ, non permittebant, vt de singulis vrbibus ad principem, in illa perturbatione rerum, referretur.

Igitur non, nisi in magnis periculis, præsidēs prouinciæ vrbes, inconsulto imperatore, munierunt. Sed aliquem posset perturbare, quod *Arcadius & Honorius AA. l. 12. C. de op. publ.* anno 396. omnes prouinciæ rectores litteris admonuerunt, „vt sciant ordines, atque *incolas, urbium* singularum, *muros* vel *novos* debere *facere*, vel veteres firmitus omnino instaurare, „impendiis per iuga singula, non sterilia, cum cura ordinandis. „ Enimvero videntur principes, hac lege, ius *muros novos* faciendi, ordinibus, aut incolis urbium singularum, concessisse. Sed pignore certarem, quod illud imperatoribus in mentem non venerit. Id agunt, vt modus certior definiatur, quo *sumptus* ad *muros reficiendos* necessarij, si hoc ius a principe impetratum fuerit, a ciuibus cogantur: & ait, ad ordinum & incolarum officium hoc pertinere, vt sumptus ab ipsis conferantur. Igitur tantum de modo, quo sumptus ad muros faciendos conferantur, non *de iure muniendi*, illa lege tractauerunt. Tantum enim abest, vt *Arcadius & Honorius*, ordinibus ciuitatum, & incolis, ius vrbes suo arbitrio, inconsulto principe, communiendi concesserint, vt iidem potius *l. 9. C. de oper. publ.* biennio ante, rescripserint, a *principe* duntaxat *exstruendi* licentiam concedi, & *l. 13. C. eod. tit.* biennio post, temeritatem illorum, qui opus nouum, inconsulto principe, inchoauerint, sex libris auri coercendam esse, existimarint.

Discederem ab hoc loco, nisi alium scrupulum *Honorius & THEODOSIVS l. 10. C. de ædif. prin.* Iuris interpretibus iniecisse viderentur: „Per „Mesopotamiam enim, & Osdroenam, & alias complures, itemque per Helle- „spontum, vbi magis hoc desideretur, & *ceteras prouincias*, cunctis volentibus permiserunt, fundos proprios, seu loca sui domini, *murali ambitu* vallare. „ Visum est quibusdam, hac lege, prouincialibus omnino datam potestatem, muros, vtcunque placuerit, etiam venia non impetrata, exstruendi. Sed illis optime ZIEGLERVS g) se opposuit, & otium fecit interpretibus, ne in illa controuersia oleum perdatur. Enimvero nihil certius, quam *Honorium & THEODOSIVM* de prouinciis Orientis duntaxat rescripsisse, quas, propter infamiam latronum, & periculum incursionis, conueniebat diligentius, & properantius, muniri. Sed hæc talia trahi in exemplum non debebant. Deinde, vt quis *fundos proprios* duntaxat, murali ambitu, vallaret, prouincialibus permiffum. Sed, cum hoc spectet ad domos *privatorum*, a quibus principes non magnopere timebant, pessime interpretes nonnulli collegerunt, etiam *vniversi-*
ta-

g) ZIEGL. de iure maiest. l. l. c. 35. §. 6 sqq.

ratibus, quæ semper principibus suspectæ erant, ius *urbes* integras, muris & fossis muniendi, attributum.

Igitur, ius *urbes* mœnibus, & operibus, cingendi, a principe impetrabatur: sed priuatis, qui, *castella* maxime, sine iussu principis, ædificarant, atque detinebant, ex *Honorii* & *THEODOSII* rescripto, pœna capitis, cum publicatione bonorum, imminabat. *l. 2. C. de fundis limitroph.* Impetrata vero venia, *curatores exstruendi operis* a ciuitate constituti: quæ cura, docente *Hermogeniano*, atque *VLPIANO*, *l. 4. §. 1. ff. 2. D. de mun. munus publicum* & personale erat, a quo quinque liberorum incolumium pater habebat excusationem.

§. VI.

*Quorum
auctoritate
& sumptibus
muri urbium
reficiantur.*

Qua prouidentia Romani in urbibus instituendis, muniendisque, vti sunt, eadem etiam *refectionem moenium* administrarunt. Et huius enim rei cura, cum ad *publicam* vtilitatem pertineret, *iure publico* continebatur, atque ad magistratus, & deinde ad principes, spectabat. Videtur tamen laxior, *moenia reficiendi*, quam *exstruendi* muros, licentia fuisse. In libera republica, *refectio mœnium*, urbis æternæ imprimis, subinde in comitiis decreta: quibus aliquando, rogante prætore urbano, *quinque viri muris, turribusque reficiendis*, teste *LIVIO* ^{b)} creati. Ex quo intelligitur, *refectionem* murorum, & turrium, ad publica negotia, & curam omnium, relatum. In prouinciis *VLPIANVS* hoc officium *proconsuli l. 7. §. 1. D. de offic. proc.* quæ ex eius *l. 2. de offic. pro C.* deprompta est, imponit, vt opera *publica* circumeat, inspiciendi gratia, an *sarta tectaque* sint, vel, an aliqua *refectione* indigeant: inbetque illum curare, si qua cœpta sint, vt consummentur, prout vires eius reipublicæ permittant: vtque *curatores operum* solenniter præponat. Igitur totum hoc negotium in prouinciis a proconsule administrabatur, aut ab eo delegabatur aliis, quos operi curando pares fore iudicabat. *Curatoris sartorum tectorum operum* item *curatoris operum publicorum*, *Venusiæ* dati, a *D. HADRIANO* ^{k)} & *curatoris operum Nolæ* a *VESPASIANO* dati ^{l)} lapides litterati apud *GRVTERVM* mentionem faciunt: vt intelligatur, totum hoc negotium a summa potestate in republica pendere. Meminit curatorum operis reficiendi, in ciuitate, *VLPIANVS* alio loco *l. 4. pr. D. de mun.* quorum munus *publicum* esse, & patrem quinque liberorum duntaxat ab illo excusari, supra fuit a nobis indicatum. Curatores igitur mœnium reficiendorum a proconsulibus ordinabantur. Sed hanc potestatem etiam *præsides* prouinciarum cum proconsulibus communem habere, *l. 9. §. 6. D. de offic. proc.* testatur *VLPIANVS*: & *l. 7. §. 2. & l. 8. D. eod.* addit rationem, cur huius rei cura ad prae-

^{b)} *LIV.* l. 25. c. 7.
n. 5.

^{l)} *GRVT.* inscr. fol. 411. n. 1.

^{k)} *GRVT.* fol. 441.

^{l)} *GRVT.* fol. 1092. n. 4.

praesides & proconsules spectaret. Cum enim plenissimam proconsul habeat iurisdictionem, omnium, ait, partes, qui Romae, vel quasi magistratus, vel extra ordinem, ius dicunt, ad ipsum pertinere, illumque imperium in prouincia, post principem, maius omnibus habere. Vnde intelligitur, huius rei procurandae facultatem, non vulgaris officii, sed summi imperii partem fuisse, & propter maximam, qua utebatur, potestatem, proconsuli tributam. Ne quis dubitet, aperte *VLPIANVS l. 9. §. 4. D. de diu. rer.* muros, inquit, etiam municipales, *non licet reficere*, sine principis, aut praesidis, auctoritate. Quae prohibitio inprimis eo pertinuit, ne mutetur forma pristini operis, inconsulto principe, aut coniungatur aliquid mœnibus, aut superponatur muris, *l. 9. §. 4. D. de diuis. rer.* aut munitiones amplientur, quod Claudius Agrippae interdixit, *m)* aut etiam contrahatur in angustum murorum magnitudo. Ideoque, cum haec omnia ad prouinciarum utilitatem publicam spectarent, non recte videbantur a magistratibus oppidorum, & ordinibus, sed ab illis duntaxat, qui administrationem reipublicae, & prouinciarum obtinuerant, decerni posse. Haec enim talia *IUSTINIANVS* Belisario magistro militum per Orientem *l. 2. §. 14. C. de offic. praef. praet. Afric.* imposuit: & iam antea *GRATIAN. VALENT. & THEOD. AA. l. 6. C. de oper. publ.* ne praescriptionem quidem temporis iuri publico obistere omnino posse, rescripserunt: ideoque diruenda esse omnia, quae per diuersas *vrbes*, in *publico* quocunque loco, contra ornatum & commodum, & decus reipublicae, & imperii Romani utilitatem, exstructa videantur.

Inprimis igitur *mutatio pristini operis*, obtentu *refectionis* suscepta, ab imperatoribus prohibebatur. Sed si nihil discederetur a forma pristina munitionis, videtur magistratibus in municipiis attributa potestas liberior reficiendi. *VALENTIANVS* enim & *VALENS l. 5. C. de op. publ.* licentiam instaurandi opera, quae iam deformibus ruinis intercidisse dicerentur, *uniuersis* concesserunt, quod & *LEO A. l. 22. C. de op. publ.* speciatim *iudicibus* permisit: utque, quae a decessoribus incepta, aut vetustate diruta, aut desidia derelicta, inueniant, diligenti studio ab ipsis compleantur, & iudices ex eo argumentum laudis quaerant, si ea, quae vetusta sint, & instauracionem requirant, perfecerint, praecepit.

Igitur muros, seruata pristini operis, vetustate collapsi, forma, *reficere* magistratibus licebat. Sed quorum sumptibus haec procurentur, videamus. Si naturam audias, nihil aequitati, & communioni, qua inter nos coniungimur, conuenientius, quam, quod propter vniuersorum securitatem, & commoda, suscipitur, studio & *sumptu* etiam *communi omnium*, administrari: cui praecepto

m) *IOSEPH. antiq. iudaic. l. XIX. c. 7. p. 677.*

pto obtemperauit GRATIANVS cum *collegis*, atque ad portus, & *murorum instaurationem*, certatim *omnes*, facta operarum collatione, continere iussit, noluitque quenquam ab illo consortio, obtentu priuilegii, aut dignitatis, excusari, *l. 7. C. de op. publ.* TIBERIVS quidem *Nou. 161. c. 2. pecunia publica*, ait, munitiones conseruari: & hoc titulo, tributorum etiam praestaciones ciuibus commendat, quod ex illis *muri*, & *urbes*, reparentur, & omnia proueniant, quæ ad publicam utilitatem spectare videantur. ARCADIUS & HONORIVS *l. 2. C. de op. publ.* ne splendidissimæ *urbes*, & oppida, vetustate colabantur, de redditibus fundorum iuris reipublicæ tertiam partem *reparationi publicorum moenium*, thermarumque, destinauit.

DIVVS PIVS certe, pia prouidentia, teste CALLISTRATO *l. 7. D. de oper. publ.* usus est, quod ciuitatibus, etiam indigentibus, prospexit, ne facile careant munitione. Pecuniam enim, quæ in opera *noua* legata est, potius in *tutela* eorum operum, quæ iam exstructa sunt, conuertendam, quam ad inchoandum opus nouum, erogandam esse, rescripsit: maxime, si satis operum ciuitas habeat, & non facile, ad ea *reficienda*, pecunia inueniatur. LEO A. *l. 3. C. de vendend. rer. ciuit.* illud latius porrexit, & non solum pecunias, legatas ciuitati, in refectionem murorum impendi passus est; sed domus etiam, & fundos. qui quocunque titulo ad ciuitates peruenerint, Romæ quidem principis auctoritate, in prouinciis ordinum consensu, & prouinciali iudicio, venundari permisit, ut ex pretio redacto sumptus suppeditent, quibus publica urbium mœnia reficiantur.

Illud meretur obseruari, quod HONORIVS & THEODOSIVS *l. 18. C. de op. publ.* interdum *privatos* quosdam duntaxat, impensam, in mœnium & operum refectionem, facere, &, quod publice utile futurum est, cum detrimento compendii privati, solos procurare, voluerunt. „*Turres mari noui*, „qui publicæ securitatis causa per fundos priuatorum ducebatur, dominis possessionum, quas murus attingebat, vtendas tradiderunt: sed instaurationem „etiam illarum, & refectionis curam, iisdem commiserunt, & ipsos hunc sumptum facere voluerunt, ut splendor operis, & ciuitatis *munitio*, cum priuatorum usu, & utilitate, conseruetur. „

Igitur vsumfructum mœnium, priuatis, per quorum fundos illa ducebantur, relictum esse, sed pro vsumfructu, possessoribus fundorum opus refectionis impositum, videmus. Ex quo apparet, muros vel collatione operarum, & sumptuum, vel publica pecunia, vel impensa priuatorum, per quorum fundos muri transeunt, reficiendos. Et hæc quidem constituta sunt *Romanæ* reipublicæ praeceptis.

§. VII.

Ius reficiendi munitio- Quod ad *ius reficiendi munitiones* attinet, nihil fere Germanorum legibus publicis constitutum inuenio, quod cum legibus Romanis, quas ipsa in hoc
ar-

argumento aequitas commendat, non conspirare videatur. Magistratibus, ^{nes ex legi-} quibus concessum est, vt vrbes ad certum modum muniant, videtur etiam ius ^{hys Germa-} *moenia reficiendi* attributum: cum inutilis sit omnis munitio, nisi integra ser- ^{nia & no-} uetur, vel collapsa etiam restituatur. Igitur, iure muniendi dato, ius ^{stris.} *mœnia reficiendi* continetur. Sed, si in instauratione mœnium formam pristini operis excedant, peccare credo magistratus, nisi illo consulto, a quo ius urbem muniendi impetrarunt. Ipsa enim amplificatio operum noua esse munitio videtur, quae magistratibus non competit, nisi a principe, qui summam potestatem habet, concedatur. De quo argumento deinceps exponemus.

Imo vero etiam tunc, cum mœnia urbium, auctoritate imperatoris, aut principis, deiecta sunt, ius *moenia restituendi*, denuo impetrandum est ab illo, a cuius potestate ius extruendi mœnia dependet, & eius cum venia, cuius iussu destructa sunt, reficienda. Clare rem Saxones definiuerunt. 3. l. R. 66. Man mag auch keine Burck wiederumb bauen ohne des Richters Urlaub, die umb Gerichts willen mit Urtheilen zerbrochen ist: Bricht man aber eine Burck williglich abe, oder läßt sie der Herr zergehen, von eignem Willen, oder von Armuth, die mag man wohl wieder bauen, ohne des Richters Urlaub. Enimvero hoc est, eludere potestatem imperantis, si mœnia, ab ipso detracta, eius iniussu, a magistratibus restituantur. Illud aliquando BVCHHORNIAE, nobili Germaniae vrbi, ad Lacum Bodanicum, a Gustavo Hornio, praefecto exercitus Suecici, munitae, accidit, vt, postquam imperatori redita esset, destructis mœnibus, vallo, turribus, portis, omnibus operibus, nuda & aperta destitueretur, ne hostes in illa suffugium, & portum, inuenirent. Sed, quandoquidem nulla sua culpa illud detrimentum passa erat, impetrauit, vt munitiones ipsi restituere, muros, portas, opera destructa, reficere liceret. Extat apud LVNIGIVM ⁿ⁾ tabula Ferdinandi, qua d. 15. Ianuarii, anno 1644. magistratui refectionis potestatem fecit: „Wie nun berührte Demolition und „Zerschleiffung der Stadt Buchhorn wegen des gemeinen Wesens hoher „Nothdurfft, auch Versicherung mehr ermeltes Boden. Sees, und andern „oberzehlten Ursachen halber vorgenommen werden müssen; Also erklären „Wir Uns hiermit Krafft dieses unsers Kayserlichen offenen Briffes, daß „mehr oft gesagten Burgermeistern, Rath und ganzen Bürgerschaft, wie „auch deroselben Successoren und Nachkommen der Stadt Buchhorn, solche „Demolition der niedgerissenen und geschleiffen Stadt. Mauren, Thüre und „Thoren, ohne einigen Praeindiz oder Schmälerung ihrer Regalien, Privile- „gien, Immunitaeten, Stadt. Rechten, Iurisdiction und Gerechtigkeiten, seyn, „auch solche, zu verhoffendem allgemeinen Frieden, wohl wieder auff- „bauen, die Stadt mit Thoren beschliessen, wieder neue Stadt. Gräben auf- „werffen, auch so gut sie können, und ihnen möglich, mit allen andern darzu

X 2

„ge-

ⁿ⁾ LVNIG, Reichs. Archiv, part. spec. cont. IV. p. 334. n. 27.

„gehörigen Requisiten verwahren, und sich ihrer alten Freyheiten und Gna-
den, wie vorhin, geruhiglich bedienen sollen und mögen, ohne allermännig-
liches Eintrag, Verhinderung oder Einredt 2c. „ Igitur, operibus auctori-
tate publica destructis, *impetrandum* videtur ius reficiendi. Eodem iure uti-
mur, si ipsa mœnia, iniussu imperantium, exstructa: tunc enim etiam refectio
iniusta videtur. *Halæ* quidem, inter Sueuos, Maximilianus I. anno 1503. illud,
beneficii loco, tribuit, vt turres, atque opera, reficere liceret &c. und ihnen
diese besonder Gnade und Freyheit gegeben haben, die Sie ihre Land, Grä-
ben, Heege, und Geschlege, mit samt denen Land, Thürmen in Vesserung,
Bau und Wesen, sollen und mögen halten, wie sie des je zu Zeiten Nutz
und gut Ansehen 2c. Ceteroquin *libera refectio*: quam potentissimus A V-
G V S T V S noster, haud ita pridem, edicto, supra a nobis excitato, *magistra-*
tibus, den Rätthen in haltbaren Städten, non solum permisit, sed etiam in-
iunxit.

Sed, vt de *sumptibus* dispiciamus, illi quidem, qui ad reficienda *castella*,
& *fortalitia* necessarii, cum hæc ad prouinciæ vniuersæ securitatem excitata sint,
a statibus prouincialibus, nemine subducto, conferuntur: ita enim angustissimus
imperator Carolus VI. in capitulatione nouissima, cum principibus electoribus,
art. XV. pactus est: o) Wir wollen nicht gut heissen, noch zugeben 2c. daß die
Landes, Stände 2c. wider des jüngsten Reichs, Abschiedes ausdrückliche Ver-
ordnung, sich des Ventrags, womit jedes Chur, Fürsten, Fürsten, und Standes,
Land, Cassen und Unterthanen, zu Veseß und Erhaltung derer, einen und
andern Reichs, Stände zugehörigen, nöthigen Vestungen, Plätze, und
Guarnisonen 2c. an die Hand zu gehen schuldig sind, zur Ungebühr entschla-
gen 2c. Ex quo loco etiam apparet, statibus imperii, absque dubitatione, ius
reficiendi castella, & fortalitia, concessum.

Reliquarum urbium munitiones, ad cuiusque ciuitatis securitatem singula-
rem imprimis, excitantur. Itaque nihil æquius, quam vt magistratus urbium
æquitati, Romanis legibus expressæ, obtemperent, & muros, propter ciuitatis
utilitatem institutos, *sumptibus ciuitatis* etiam reficiant, &, si opus sit, instau-
rent. Igitur, aut ex communibus vniuersitatis redditibus, aut facta collatione
singulorum ciuium, sumptus reficiendorum mœnium coguntur. Sed, si magi-
stratui ius, libere de publicis redditibus disponendi, non competat, apparet, de
illa re ad principem referendum esse, priusquam ad refectionem sumptus depro-
mantur.

Si muri municipales per priuatorum fundos transeant, & priuati etiam ex
illis locis fructum aliquem capiant, atque ædium, quas possident, pars postica
ipsis mœnibus urbis, ab incurfione furum, & latronum, defendatur; nihil iu-
stius *Honorii & Theodosii* constitutione, supra a nobis ex l. 18. C. de op.
publ.

o) LVNIG. loc. cit. p. 913.

publ. recitata, qua priuati, quorum fundos mœnia attingunt, munitiones instaurare *suis sumptibus* iubentur. Videtur enim hoc quasi officium quoddam naturale, ex iure publico vniuersali, ciuibus imponi. Alioquin *ad magistratus* spectat procuratio munitionum. Haud ita pridem eiusmodi species ordini Ictorum in hac academia oblata est. Accusabatur a magistratu vrbis cuiusdam, cuius mœnia sublapsa erant, ciuis aliquis, quod parietem, suæ commoditatis, & securitatis causa, constitutum, propter aliam vtilitatem diruerit: quo pariete sublato, hiatus & ruina mœnium, in illa parte, quæ rei ædes spectabat, plus periculi habere videbatur, magisque in oculos prætereuntium incurrebat. Syndici senatus auxilium *legis 18. C. de op. publ.* inuocabant, vi cuius, muri sumtu illorum ciuium, quorum fundos muri attingebant, refici deberent. Sed reus parietem, quem sustulerat, tribus pedibus a mœnibus distare, murumque, qui urbem munebat, fundum suum non attingere, probabat. Igitur visum est, ad magistratum refectiois officium spectare. Mense enim Martio, anno 1732. in causa syndicorum senatus C. contra I. G. K. pronunciatum: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, W. R. W. adiectis, inter alias, his rationibus: All- dieweiln bey der Besichtigung sich befunden, daß die von Befln. eingerissene Schal- Wand, auf dem Stadt- Mauer Grunde nicht, sondern hinein in Befltens Hoff ein und $\frac{1}{2}$ Elle von dem Mauer- Grunde abgestanden, hienächst durch die Wegnehmung solcher Wand, weder die Stadt, noch deren bereits vorher eingefallene Mauren, sondern nur Befltens Hoff, eröffnet worden, dahingegen die Stadt- Mauren von dem Rath und der Bürgerschaft, nicht aber von Befltem alleine, in baulichem Wesen zu erhalten etc.

So ist, wie im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt. Hoc iure in refectioe urbium utimur.

§. VIII.

Igitur *iur reficiendi urbium munitiones*, dubitari non potest, quin iure *Quis hodie vrbes muniendi*, & extruendi mœnia, contineatur. Sed quorum auspiciis *in Germania* olim in *Germania* ipsi *urbium muri excitari*, valloque & mœnibus, firmari *iure vrbes muniendi* potuerint, perplexa disputatio videtur, & difficultatibus multis impedita, quas *uti possit.* ut soluerent, HERMANNVS CONRINGIVS *p)* & CHRISTIANVS THOMASIVS, *q)* viri clarissimi, operam dederunt. Sed, ne obscuritate remotissimorum temporum perturbemur, visum est, a nouis illis, quæ omnium memoria repeti possunt, quorumque conditio ex certissimis rerum documentis cognoscitur, ordiri: & ex Germaniæ institutis, quæ sanctissima *pace Osnabrugensi*, aliisque inter imperatorem, & status imperii, conuentionibus æternis, consti-

X 3

tuta

p) CONRING. de urbib. Germ. exer. acad. III. ciuitatis.

q) THOMAS. de iure dandæ

tuta sunt, rem definire: donec ad illa vetera perueniamus, quæ & minus voluptatis, & utilitatis parum, videntur præbitura. Augustissimus quidem *imperator*, cuius olim in hac causa laxior potestas, iure *munimenta nova*, intra statuum ditiones, nomine publico, instituendi, aut vetera prædiis firmandi, nisi illud *comitali*, liberoque omnium imperii statuum suffragio, & consensu, utile & necessarium esse videatur, art. VIII. §. 2. instrum. *pacis Osnabrugensis*, sese abdicavit. Apertius etiam capitulationis nouissimæ art. 4. §. Jedoch sollen und wollen wir, cum principibus electoribus pactus est, se, ne tempore belli quidem, & in summis necessitatibus, tale quidquam moliturum esse, neque vetera, atque collapsa, munimenta *refecturum*, multo minus aliis, ut hoc faciant, permissurum esse; sed *statibus* imperii, qui *territorii iure* utantur, & quibus solis imperii leges hoc concedant, huius rei arbitrium, & potestatem, relicturum. In der Ehre, Fürsten, Fürsten und Stände Landen, und Gebieth, keine Bestungen von neuen anlegen, oder bauen, noch auch zerfallene, oder alte, wiederum erneuern, vielweniger andern solches verstaten, oder zulassen; immassen dieses allein die Landes-Herrn, nach denen Reichs-Eatzungen, in ihren Territoriis zu thun befugt, und berechtiget seyn.

Itaque soli duntaxat illi, qui imperii, id est, *superioritatis territorialis*, quam appellant, *iuribus* terras, atque provincias regunt, munimenta nova exstruunt, collapsa restituunt, aut aliis, ut intra terras suas illud faciant, concedunt. Qua facultate, si quid video, etiam potestas *destruendi munimenta*, & muros urbium, quæ territorio suo continentur, deiiciendi, si nemini hac re iniuria fiat, continetur. Enimuero, cum totum hoc negotium a iure belli & pacis, quod statibus, art. VIII. §. *gaudeant. inst. P. O.* tributum est, pendeat, illique conueniat, ut aliquando etiam mœnia, quæ ob aliquam utilitatem constituta sunt, mutata temporum, & rerum ratione, euertantur; consequens est, status imperii etiam iure *mœnia deiiciendi*, intra suum territorium, uti posse, si nec imperatori, & imperio, inde aliquid incommodi accadat, nec publica pax Germaniæ exinde perturbetur. Hæc enim conditio omnibus statuum imperii iuribus, dicto art. VIII. *Inst. P. O. §. 2.* adscripta est, ut ne imperatori, & imperio noceat, quod a statibus, vi summæ potestatis, suscipiatur. Illud expeditum est, eadem lege, quæ augustissimum imperatorem, ut ne munitiones intra territoria statuum *instituat*, prohibet, illum pariter, ne & munimenta illorum *vastet*, aut perturbet, aut *deiiciat*, repelli: cum hæc iura inter se connexa, atque complicata esse, dubitari non possit. Enimuero, etiam ante pacem Westphalicam ea fuit imperatoris moderatio, ut cum Buchhorniæ, ciuitatis imperii, munitiones ab imperatoriis, inter belli tumultus, deiectæ, & vastatæ essent, datis litteris reuersalibus, hoc ipsorum iuribus detrimento non futurum, significaret, atque reficiendi mœnia ipsis potestatem faceret, & sumptus faciendi

necessitatem, remissis praestationibus, leuaret: quod supra, ex tabulis Ferdinandi, a nobis fuit obseruatum.

§. IX.

Igitur status imperii hodie prouincias *munitionibus*, & praesidiis firmare, *Viram ha-*
& securitati suae prospicere, non prohibentur. Sed, vt circa fines territorii, *die consen-*
inuitis illis, qui proximum territorium obtinent, hoc ipsis liceat, GAILIUS ^{r)} *fus illorum*
& ALBERICVS GENTILIS ^{s)} timuerunt: cum quibus video ZIEGLER ^{t)} *desideretur*
RVM ^{t)} lites, non sine spe victoriae, exercuisse. GENTILIS quidem ait, mu- *qui proxime*
nitiones, circa fines institutas, ad *aemulationem* principis, qui proximum terri- *accolunt.*
torium obtineat, excitatas videri, ideoque MACRO obtemperat, qui l. 3. D.
de op. publ. negat priuato licere, opus nouum facere, quod ad *aemulationem*
alterius ciuitatis pertinere videatur: illaque lege credit etiam principes teneri.
Enimuero, ineptum esset, auxilium legum Romanarum innocare, in cognoscen-
dis causis publicis, quae iure gentium definiuntur; nisi illas ipsa vox naturae,
& lex ipsius aequitatis, defenderet, quae non patitur, ad *aemulationem* alio-
rum noua opera aedificari. Ad *aemulationem* enim opus facere videtur, qui
illud aedificat, quod sibi parum proficiat, & coniunctum sit cum maiori incom-
modo, & periculo, aut certe metu, illorum, qui ipsum proxime attingunt:
quod quenquam audere, naturalis ratio omnino non permittit. Sed quis de-
finiat, vtrum, qui intra suos fines loca idonea communit, opus ad *aemulationem*
fecisse videatur: his eiusmodi argumentis si quis vtetur, lites ex litibus nascentur.
Obscurae sunt plerumque principum utilitates, quarum rationem vt expo-
nant, aequales ab aequalibus poscere non possunt. Nec tuto quis affirmare
possit, ex *munitionibus*, quas alter intra suos fines excitauit, plus ad nos peri-
culi, quam ad ipsum utilitatis, peruenire. Rectius, & naturae convenientius,
VLPIANVS l. 26. D. de damn. infect. & POMPONIVS l. 21. D. de aqua,
& aqu. plu. arc. docuerunt, non videri illum alteri iniuriam fecisse, qui, iure
suo vsus, & in suo subsistens, utilitati, sibi procurandae, operam dedit,
quamuis alter aliquod incommodum exinde sentiat. Igitur, ex sola locorum
circa fines munitione, non habet alter, quod timeat, aut dicat, se in periculum
adduci: nisi ex illis, quae circumstant, & aliis omnino causis, intelligatur, al-
terum in ipsam aliquid cadere, & ipsi periculum moliri. Cuiusmodi suspicio-
nes videntur oriri, si iam aliae lites grauiores inter finitimos exerceantur, aut,
si quis munitiones in immensum augeat, parum sibi profuturas, nisi vt alteri
imminere possit, resque finitimorum perturbare. Tunc enim, ZIEGLERVS
etiam, permittit, vt cautio, siue stipulatio, de non laedendo, modeste exigatur.
Quae si negata fuerit, tunc demum enasci videretur iusta causa conque-
ren-

r) GAIL. 2. obs. cam. 69. n. 18 sqq. s) ALBER. GENT. de iur. bell. l. III. c. 21.
t) ZIEGL. ius maiest. l. I. c. 35. §. II. sqq. p. 638.

rendi. Sed plerumque hae querelae inanes sunt, cum semper utilitatis aliquis obventus suppetat, quo urbium, & castellorum, etiam in finibus, munio defendi possit. Certe, cum de pace Osnabrugensi tractaretur, & *Magdeburgenses* ius munitiones proferendi ex privilegio Ottonis I. & Ferdinandi II. postularent, serenissimi principis electoris Saxonici legatus d. 21. Martij anno 1648. potestatus est, & postulavit, ut hoc illi civitati demum *in casu necessitatis*, & si pax aliter haberi non posset, concedatur. Quae controversia singularibus rationibus, & hac inprimis, quod suburbia, cum serenissimi administratoris incommodo, hac munitione deminuerentur, aliisque argumentis, nixa est, quae ex tabula protestationis ^{u)} cognoscuntur, & ipso, deinde instrumento pacis art. XI. §. 8. definita.

Illud disputationi locum non facit, *principes*, & *status*, qui cum finitimis, ne, intra certos fines, castella, aut opera, & munitiones fiant, *pacti* sunt, facultate muniendi prohiberi. Extant apud LVNIGIUM ^{x)} tabulae pactionis, qua IOANNES, & HENRICVS, duces *Megalopolitani*, cum civitate *Lubecensi* conuenerunt, ne castellum Darßouienſe restituatur, neue in confinio eius, vsque ad oppidum Grewermole, vnquam ab ipsis, aut heredibus suis, aliqua munitio, aut castellum exstruatur, aut, si quis alius id moliretur, ipsi illud, iunctis viribus, prohibeant, & consilium illud omni humana ope interuertant. Occurrunt eiusmodi pacta alia sexcenta, quae non attinet commemorare: quorumque fides, inter illos, qui eam dederunt, etiam hodie custodienda. Idem fere iuris est, si quibusdam *cum consensu* statuum, ab imperatore *privilegium* tributum est, ut ne intra quaedam miliaria aliae munitiones exstruantur. Tunc enim ex *pacto*, & consensu, obligati sunt, ne, contra fidem datam, intra illos fines, aliquid munitionis moliantur. Sed de huiusmodi privilegiis deinceps exponemus.

§. X.

*An ius urbes munien-
di olim per-
tinuerit ad
reservata
imperatoris.*

Hodie igitur status imperii, qui supremam in territorio potestatem obtinent, nisi pacta & conventiones, aut imperii leges singulares obtent, etiam *circa fines* suos, urbes & oppida munire non omnino prohibentur. Sed quo iure in munitione urbium olim usa sit *Germania*, video, non inter omnes convenire. Multi *imperatoribus* Romanis illud tribuunt: aliqui, & THOMASIVS inprimis, *statuum* hac in re auctoritatem praedicandam suscepere, & *iniussu imperatoris*, ipsoque etiam invito, urbes ab ipsis esse munitas, censuerunt; utriusque exemplis, multisque argumentis, sententiam defendunt. Sed, quandoquidem iam quidem non interest, a qua origine profectum sit ius urbes muniendi, aut, quo tempore principes illo vi ce-
pe

^{u)} LVNIG. Reichs Archiv. P. II. spec. contin. IV. p. 2. app. p. 667.
^{x)} LVNIG. Reichs Archiv. part. spec. cont. IV, p. 1333.

perint, sed hoc statibus satis esse possit, quod sanctissimis imperii legibus ius extruendi munitiones ipsis sit tributum; dicam libere, quid sentiam, &, quid THOMASII argumentis opponi possit, indicabo.

Nimirum, quod ad exempla attinet, quæ vir clarissimus §. 43. *dissertationis singularis, de iure dandæ ciuitatis*, adduxit; illis omnino nihil conficitur. Enimvero, ex eo, quod quidam principes iura urbium confirmauerunt, falso coniiicitur, vrbes illas, vel ignorante, vel inuito, imperatore, constitutas. Principes quidem multis rebus, maxime, quæ in ipsorum provinciis susceptæ sunt, auctoritatem suam accommodauerunt, quæ imperatoris iussu, atque voluntate aut certe consensu, nitebantur. ADOLPHVS, comes Holsatiæ, *Hamburgenses* anno 1190. hoc privilegio ornauit, vt ne castellum, prope illorum ciuitatem, intra duo milliaria, ædificetur: y) sed extat apud LVNIGIVM 2) ipsius *Friderici* I. tabula, qua ciuibus, anno præcedenti, illius rei dedit facultatem. Sunt eiusmodi alia innumera exempla, quæ nec conquirere, operæ pretium est, nec commemorare: ex quibus intelligitur, multa a *statibus* constituta esse, quæ, si veram originem exquiras, ab ipsis imperatoribus Romanis sunt profecta. Igitur his exemplis, quæ nobis obiecit THOMASIVS, non probauit, olim ipsos *status* imperii, excluso imperatore, vrbes extruxisse. Taceo illis constitutionibus, quas ipse adduxit, *ius moenium* non contineri, de quo inprimis disputamus.

Hæc dum scribo, occurrit mihi aliud exemplum quod opportunius, atque ad potestatem statuum, ab antiquis temporibus deriuandam, accommodatius videtur. Enimvero LVNIGIVS a) exhibet tabulam VLRICI a Trichtlingen, qua ciuitati *Voerdensi*, quam pignoris iure possidebat, anno 1388. potestatem, suburbia mœnibus comprehendendi, concedit, illudque *exemplo omnium* fere, quæ vrbes eo tempore possederint, fieri testatur. Daß sie ihre Vor- Stadt innerhalb der Stadt-Mauer setzen, und bauen, als sich iezo alle andere Städte der Herren, und des Reichs, versehen und besorgen. Sed ipsa hæc verba ostendunt, hæc talia temporibus turbidis, inter strepitum armorum, & belli, accidisse: ex quibus, quid *iure* factum sit, intelligi non potest. Præterea ipse etiam VLRICIVS huius rei facultatem vrbi ab imperio datam ait: Wenn sie desß gut Urfund, und Brieff von dem H. Römischen Reich haben, vt intelligatur, non suo illud Vlricum arbitrio fecisse.

Quod THOMASIVS porro ad *præscriptionis* iura prouocat, debuisset cogitare, quod, si etiam largiamur, quosdam status, ante pacem Westphalicam, hoc iure, vltra hominum memoriam, vfos fuisse, hoc ipsis duntaxat, qui hoc

y) LVNIG. Reichs-Archiv. P. spec. cont. IV. p. 921. n. 2.

2) LVNIG. l. c.

n. 1.

Fasc. III.

a) LVNIG. ibid. p. 408.

ius usurpauerint, non vero generatim omnibus statibus imperii Romani, profuisse. *Rotenburgenses* anno 1507. ad ius munitionum, *præscriptione immemoriali* adquisitum, prouocabant, sed tamen hoc se tutos fore non credebant, atque a *Maximiliano*, ut iura illa sibi confirmaret, postulabant. ^{b)} Satis enim *imperatores* prospexerunt, antiquioribus etiam temporibus, ne hæc iura promiscue a statibus usurparentur. *WEHNERVS in obseru. pract. v. Stadt. Recht*, adducit *Maximilianus I.* literas, quibus *ALBERTO*, comiti *Mansfeldio*, ne vico cuiusdam iura urbis concederet, interdixit: certo argumento, ne tum quidem imperatores immemores suorum iurium fuisse. Præterea ipsi status imperii, urbiumque possessores, sæpe agnouerunt, ius munitionum ab imperatore, aut imperio, profectum. Non solum tabula *VLRICI* anno 1388. conscripta, & supra a nobis adducta, testatur, *Voerdæ* iura ciuitatis, ab imperio tributa, illudque non fuisse eius potestatis; sed ante illa tempora etiam *ADOLPHVS* ^{c)} dux *Holsatiæ*, anno 1190. professus est, ius muniendi *Hamburgensibus*, non a se duntaxat, sed etiam a domino suo, *FRIDERICO Romanorum imperatore*, tributum esse. Quis igitur locus præscriptioni, cum toties ipsi status imperii ius imperatoris agnouerint, & potestatem vrbes muniendi ab ipso impetrarint. *LVNIGIVS* enim vix iusto volumine minimam partem illorum, qui ius mœnia ædificandi, aut amplificandi, ab ipso imperatore impetrarunt, comprehendere potuit: ut non necesse sit, illud exemplis comprobare. Sed si hæc omnia taceamus, ipsa natura urbium, & causæ, propter quas institutæ sunt, ostendunt, antiquissimis temporibus, vrbes, sine imperatoris consensu, non commode institui, aut conseruari potuisse.

§. XI.

*Iura ciui-
zatum ab im-
peratoribus
profecta.*

Non inquiram, quo tempore Germani in vrbes coierint, murisque, & mœnibus, firmauerint securitatem. Illud *CONRINGIVS, de urbibus Germanicis*, &, post illum, plures, occuparunt. Hoc expeditum est, *HENRICVM AVECVPEN*, Ancum Martium Germanorum, quo nomine Petrus a *LDIEWIG* illum appellauit, solertiori cura vrbes condidisse. Testis *WITTEKINDVS* ^{d)} qui illum iussisse ait, ut *concilia, & omnes conuentus*, (collegia imprimis) *atque conuiuia in urbibus celebrarentur*: in quibus extruendis diu, noctuque, operam dederit. Deprehendi nuper eius rei vestigia, in tabula, superiori seculo, anno 1604. a *Christiano II.* principe electore *Saxoniae*, promulgata, qua nobilibus ius conueniendi *Dœlitzium*, ad solennem, atque anniuersariam saltationem, ultra hominum memoriam, quotannis ibi repetitam, einen jährigen Adelichen Tanz in der Stadt Dölitz jährlich auf Petri und Pauli zu halten, confirmauit. Ex qua re, & pluribus aliis argumentis, cognoscitur,

WIT-

^{a)} *LVNIG. P. spec. cont. IV. p. 2. p. 346.*
cont. IV. p. 921. n. 2.

^{c)} *LVNIG. Reichs. Archiv. P. spec.*
^{d)} *WITTEKIND. l. I. p. 639.*

WITTEKINDVM vera tradidisse. Igitur conuiuia in vrbibus instituebantur: sed audiamus CONRADVM BOTHONEM, in *Chron. Brunsvicensi*, quem Petrus a LVDEWIG ^{e)} adducit, qui Henricum etiam constituisse ait, vt nullæ *nundinae*, & *tabernae*, vendendi, emendique caussa, extra vrbes haberentur. Præterea BOLCO dux Silesiæ, in tabula, qua anno 1337. Frburgum ciuitatis iure donauit, huic vrbi, *ex more antiquo* Franconiæ & *Teutonicali*, ius *alendi mercatores*, & *prohibendi opifices*, *intra milliare, circumferentialiter*, concessit. ^{f)} Ex quo more ius illud prohibendi, intra milliare, das Meilen-Recht, quo hodie etiam vtimur, enatum. Vides igitur, *moribus Teutonicis* hoc conuenisse, vt vrbes iure prohibendi intra milliare vterentur.

Vt in hoc vno subsistamus, quis non videt, frustra, antiquis temporibus, status imperii vrbibus suis, maxime circa fines, ius prohibendi opifices, ne intra milliare circa urbem *circumferentialiter* subsistant, fuisse tributuros; cum illorum nulla extra territorium potestas, & ipsum territorium singulorum statuum angustis olim limitibus definiretur. Taceo, quod *iura opificum* non tam a singulis statibus, sed sub initia vrbium, ab imperatore, & imperio, in comitiis inprimis, regerentur. Quod illustris Petrus a LVDEWIG ^{g)} commentatione singulari exposuit, & ex R. I. etiam recentioribus, vt Aug. d. A. 1530. tit. 39. §. 1. A. 1548. tit. 36. 37. A. 1551. §. 83. 84. Spir. 1570. §. 2. ord. polit. Francof. 1577. tit. 15. & R. I. Ratisb. 1594. §. 123. aliisque compluribus, intelligitur: vt dubitari non possit, vrbes, quæ *opificum* alendorum causa inprimis constituebantur, ab ipso imperatore, aut imperio, magis, quam a singulis statibus, iura sua, atque priuilegia, impetrauisse.

Accedit ad illa, quæ adhuc disputata sunt, *ius prohibendi*, ne intra certa *milliaria*, vrbes, castella, & munitiones, constituerentur: quod plerisque vrbibus tributum, loquuntur innumera exempla: ^{b)} quodque *Saxonum* etiam consuetudo comprobatur, quæ vrbibus cauet, ne aliæ omnino intra milliari Germanici spatium ædificentur. III. *IX.* a. 66. Frustra de his iuribus status singulares laborassent, nisi cum imperatoris, & subinde etiam statuum imperii, consensu. Ausim enim affirmare, ne finitimorum procerum quidem, cum illi sensim potentia crescerent, negligendam fuisse voluntatem, & consensum; cum ne cui ius prohibendi, cum ipsorum incommodo coniunctum, ipsis inuitis, concederetur, ratio æqualitatis, inter status imperii, permittere non videatur. Ne res careat exemplo, SIGISMVNDVS anno 1436. *Nordhusæ e consilio statuum,*

^{e)} PETR. a LVDEWIG de opifice in pagis exule. Cap. 3. §. 4. ^{f)} LVDEWIG loc. cit. §. 5. ^{g)} LVDEWIG ibid. §. 5. ^{b)} Voerdæ hoc concessum, LVNIG. l. c. P. spec. cont. IV. pag. 410. *Francofurto*, LVNIG. l. c. pag. 582. *Tremonæ* ibid. p. 543. *Gellnhaufæ* ibid. p. 806. *Hamburgensibus* ibid. p. 921. *Spirensibus* LVNIG. l. c. P. spec. cont. IV. p. 2. p. 504. & aliis sexcentis.

zum, mit wohlbedachten Muth, guten Rathe, unserer, und des Reichs, Fürsten, Grafen, Edlen und Getreuen, ius munitionum, & faciendorum operum, quibus vrbs illorum firmaretur, concessit. Tabulam LVNIGIVS servavit. 1)

Saxones certe, tenacissimi suæ libertatis, multisque iuribus insignibus, a reliquis Germaniæ populis, seiuncti, *privatis* iure muniendi, nisi intra certum modum, interdixerunt: fossam duntaxat, sepemque, aut murum, modicæ altitudinis, fieri permiserunt 3. l. R. 66. cetera suspecta, & periculosa, habuerunt.

Man soll auch keine Burck, noch Stadt vorfesten mit Blancken, noch mit Mauern, noch Berg, noch Thurm bey Dörffer bauen, ohne Urlaub des Land-Richters. Ohn sein Urlaub mag man aber wohl Graben aufwerffen, als tief ein Mann mit seinem Spaden ausschieszen mag die Erde, also daß er keinen Fuß-Schemmel, noch Gerüste dazu mache: Man mag auch wohl bauen ohne sein Urlaub mit Holze oder mit Steinen dreier Gaden hoch über einander, einen in der Erden, und die ander zween oben, doch also, daß man ein Thor mache in den niedersten Gaden, über der Erden, eines Knies hoch. Man kan auch wohl befesten einen Hoff mit Zäunen, oder mit Stecken, oder Mauren, als hoch ein Mann reichen mag, auf einem Ross sitzende: Zinnen und Brustwehren sollen auch nicht daran seyn. Sed si publice mœnia ædificanda, vrbesque instituendæ præter principis auspicia. Regis etiam consensum, chirotecæ transmissione declaratum, dum vrbes conderent, desiderarunt. Ita enim vetus iuris Saxonici interpretes, 2. l. R. 26.

Niemand mag neue Märckte, oder Münz erheben, ohne des Richters, das ist, des Fürsten Willen, in des Gerichte es leit: Auch soll der König, durch Recht, sein Hand-Zeichen darzu senden, zu einer Beweissung, daß es sein Wille sey.

Ex quibus rebus apparet, magnam fuisse, antiquis temporibus, *imperatoris*, in condendis urbibus, auctoritatem: & *status imperii* ius *vrbes muniendi*, primo quidem *privilegiis*, interdum tacita *regis* voluntate, subinde etiam pactis, & præscriptione, adquisivisse: donec postea, severissimis legibus imperii, pace Westphalica inprimis, & pactis cum imperatore initis, & novissimis capitulationibus, omnes, qui territorii iure vterentur, liberam in instituendis, administrandis, atque muniendis urbibus, fortalitiis, castellis, potestatem adipiscerentur.

Nos quidem, vt *Saxonia* nostra, dulcissima patria, aduersus omnem vim hostium *munita*, atque obfirmata, fructu placidissimæ securitatis nunquam omnino careat, & aeternitate urbium, flore commerciorum, abundantia, & diuitiis, civium, diuinorum, humanorumque omnium bonorum copia, & facultate, omnes exteros, vincat, & longissime superet, ex animo precamur.

XIX.

1) LVNIG. Reichs-Archiv. Part. II. cont. IV. v. 2. p. 72.

XIX.

DISSERTATIO

VTRVM

HEREDE INSTITVTO

INTRA ANNVM DELIBERANDI MORTVO

SVBSTITVTVS ADMITTATVR?

VITEMBERGAE, AD D. OCTOBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIV.

§. I.

Natura liberaliter omnibus prospexit, vt nemini facile, quod ad bene *Spes substi-*
 viuendum pertineat, deesse videatur. Quanto rerum minus est, tanto plus sua- *uti utrum*
 uitatis ex *spe*, & expectatione temporis futuri, nascitur: quæ, quamuis fructu *fit in eius bo-*
 præsentis careat, tamen, ipsa imagine bonorum, ad quæ contendimus, animos *nis.*
 mirifice accendit: & cum alios vel commoditatum suarum satietas, & fastidium,
 debilitet, vel sensus miseriæ communis, cum omni felicitatis gradu coniunctæ,
 frangat, & infirmet, ipsa contra studium & desiderium alit, & blandissime su-
 stentat: effectrix, atque procuratrix, multarum, atque incredibilium omnino,
 voluptatum. Enimvero, quandoquidem, quæ speramus, plerumque nobis
 ignota sunt, certe nondum penitus percepta, animoque familiaria, sed a nobis
 ipso tempore seiuncta; efficitur, vt, quod PLINIVS ^{a)} ait, quo quis propius
 accessit ad *spem* fruendi, hoc impatientius moram ferat, omnes utilitates animo
 præcipiat, incommoda, quæ ab illis segregari non possunt, aut nesciat, aut
 non cogitet, ipsoque sensu bonorum, priusquam hæc ad ipsum peruenerunt, ve-
 hementius, quam fructu illorum, cum impetrata sunt, afficiatur.

Igitur is non parum tribuit amico, qui cum res & bona præsentia non
 possit, *spem* tamen, non omnino vanam, quamuis longam, & remotam, præ-
 buit, tanquam bonum vicarium, & subsidiariam iucunditatem. Illud mouit
 POMPONIVM, vt quamuis nec emtionem, nec venditionem, sine *re*, quæ
 veneat, intelligi posse docuerit, tamen, cum captus piscium, vel missilium, &
 quasi *alea*, emitur, emtionem contrahi agnoscat, etiam si nihil inciderit; quia
spei emtio sit, quæ & ipsa mercis rationem habere videatur, l. 8. D. de con-
 trah. emt.

Y 3

Sed,

^{a)} PLIN. VI. ep. 1.

Sed, inter spes alias, nihil efficacius fuit ad Romanum ingenium, quam *spes hereditatum*, quamvis fallax, & incerta, *substitutionibus* duntaxat, & post plures heredum gradus, e longinquo, facta a defunctis, qua fidem amicitiae, & studium amoris, testarentur. Enimvero Romae, exemplo Græcorum, quod ex testamento ARISTOTELIS, ^{b)} filiae Nicanorum, & huic alios, substituendis, observatur, maxime ob legem PAPIAM ^{c)} ne hereditates caducæ essent, aut testamenta destituerentur, inualuit, ut heredes non solum *primos*, sed *secundos*, & tertios, & subinde quartos, instituerent, ad quos spes hereditatis per quosdam gradus perveniret. Certe APPIANVS ^{d)} *moribus* tribuit consuetudinem substituendi. ἘΔΟΣ ἦν Ῥωμαίοις, inquit, παραγράφειν τὰς κληρονομίας ἐτέροις, εἰ μὴ κληρονομοῖεν οἱ πρότεροι. Et VLPPIANVS l. 2. pr. D. de vulg. & pupill. substit. auctor est, *moribus*, id est, prudentum interpretatione, & iure civili, introductum, ut quis liberis impuberibus, substituere posset testamento: cum nec lex XII. tabularum testatoribus resisteret, quo minus, uticunque visum esset, super pecunia sua, & familia, legarent: qua facultate comprehendi etiam videtur potestas, vulgariter substituendi.

Sed *substitutionibus spes* duntaxat hereditatis, apparens e longinquo, continetur, sæpius delusa, & magis fortunæ beneficio, quam testatoris iudicio implenda. TACITVS ^{e)} in *spem secundam* vocari substitutos, ait: „quandoquidem Augusti testamentum Tiberium, & Liuiam, heredes habuit: sed, in *spem secundam* nepotes, pronepotesque, TERTIO gradu primores ciuitatis, scripserat. „ Cum, contra, qui proximi imperio destinati essent, eodem TACITO teste, *spem primam* dominandi habeant ^{f)} & successore delecto, prae *spes* aliorum, qui ad imperium adspirent, cohibeantur. ^{g)}

Itaque substitutionibus hereditatis *spes* deferebatur: sed dubia plerumque, & facile euentu caritura: quandoquidem, quamdiu institutus admitti potest, docente VLPPIANO, l. 69. D. de adqu. vel om. hered. substituto locus non relinquatur; qui antea succedere non potest, quam excluso herede instituto. Solam igitur *spem* hereditatis substitutio continet: quæ tantopere animos hominum arrexit, ut segetem & materiam litium multarum pareret, & disciplinam iuris multis dissensionibus, & magna difficultate, perturbaret. Sed infirmat *spem* substituti PAVLLVS, l. 42. D. de A. R. D. qui, quamvis *spes*, rei locum obtineat, & vendi possit, tamen *substitutionem*, quæ nondum competat, id est, cum nondum delata sit hereditas, *extra bona nostra* esse, affirmat, adeoque

^{b)} DIOG. Laert. vita Aristot. l. V. segm. 12. sp. p. 275.

pillonius de direct. hered. substit. c. 4.

^{c)} TACIT. ann. l. c. 8.

cap. 56.

^{c)} vid. THOM. Pa-

^{d)} APPIAN. de bell. ciu. l. 11. p. 132.

^{f)} TAC. ann. IV. c. 7.

^{g)} TAC. annal. III.

eoque substitutum, qui spem duntaxat deferendæ in posterum hereditatis habeat, locupletiores esse, aut aliquid omnino habere, negat, priusquam heredes primi hereditatem aut repudient, aut *adire*, & *pro heredibus gerere* prohibeantur. Quapropter idem alio loco, *l. 7. D. de hered. vel act. vendit.* ut hereditas a substituto *vendi* possit, vix permittit: cum *esse* debeat hereditas, ut sit *emptio*: & non *alea*, sed *res* ematur; quæ si nulla sit, non contrahi posse *emptionem*, docet, sed *pretium condici*.

At vero, nihil certius, quam esse aliquid boni, quod statim perueniat ad substitutum: ut illud *spei*, quod substituto tribuitur, non solum *in bonis* substituti esse, sed etiam *vendi* posse, videatur. Audiamus *ULPIANUM l. 11. D. de hered. & act. vend.* qui, hoc modo, inquit, admittitur venditio, *si quasi sit hereditas*, esto tibi *empta*: cum quasi *spes* hereditatis, & ipsum incertum rei, veneat, ut in *retibus*, & in *venatione*. Cum quo etiam consentit *IAVOLENVS l. 10. D. de act. & hered. vend.* qui admittit venditionem, ut, *si quid iuris esset* venditoris, veneat, & ad emptorem transferatur: quamvis enim ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen, ait, eo nomine præstari: quia id actum esse manifestum sit, ut quemadmodum *emolumentum* negotiationis, ita *periculum*, ad emptorem pertineret. Imo vero ipse *PAVLLVS l. 13. D. de hered. & act. vend.* probat hanc conventionem: „*ut quidquid iuris* haberet venditor, emptor etiam haberet; & liberari, ait, „*venditorem*, quamvis hereditas ad illum nunquam perueniret.„ Ex quibus rebus, apparet, non omnino nullam esse spem hereditatis, quæ pertinet ad substitutum: sed illam eatenus esse in bonis, quatenus & *spes* ipsa commoditatis futuræ cum fructu aliquo voluptatis coniuncta est: ideoque etiam *vendi* posse spem substituti, quatenus ille, qui vel *aleam* emerit, non rem omnino vanam emisit creditur. Quod vero *PAVLLVS l. 42. D. de A. R. D.* substitutionem *extra bona* esse affirmabat, eo pertinet, ut substitutio *bonum præsens*, quod pleno iure possideatur, & quod *spei l. 8. D. de contrah. empt.* opponitur, dici nequeat: cum is demum, docente *MODESTINO l. 52. D. de A. R. D.* rem in bonis habere intelligatur, qui possidens exceptionem, aut omit- tens, ad recuperandam eam, actionem habet: cum, contra, propter incertitudinem casuum humanorum, illa, quæ nondum penitus acquisita sint, non omnino *nostra* videantur. Illud expeditum est, substitutum, nisi ipse viuis adierit, ad heredem non transferre substitutionem: *l. 81. D. de A. vel omitt. hered.* & nihil iuris emptorem retinere, si non ipse substitutus hereditatem, sibi delatam per gradus, adquisuerit aditione.

*Quousque
duret spes
substituti.*

§. II. Igitur *spei* duntaxat voluptate substitutus utitur, donec ipsi hereditas, remoto instituto, deferatur. Imo vero etiam interdum *superstite*, & *volente* instituto, heres videtur, & primo hereditatem subripit, si *nulla* sit primi gradus institutio, sique testamentum, quoad illum gradum, infirmetur. PAVLLVS enim l. 43. §. 2. *de vulg. & pupill. substit.* in testamento, quo quis uxorem heredem instituerat, filiis, quos in potestate habebat, substitutis, eum gradum, quo liberi præteriti sint, nullius momenti esse, ait; sed, quia filii tamen substituti sint, illos ex testamento heredes extitisse, cum non totum testamentum liberi, sed illum duntaxat gradum, qui ab initio non valuerit, infirmant. Igitur liberi substituti, etiam *volente* instituto, admittentur.

Ceterum, si adire voluerit institutus, plerumque expirat vulgaris substitutio. Enimvero, si HERMOGENIANVM audiamus, l. 12. *D. condit. instit.* in voluntaria heredis persona, res fere in heredis arbitrio posita, & illa verba: *primus, si volet*, heres esto, superuacua videntur; cum, etiam si non sint addita, inuitus heres non efficiatur. Itaque *volens* heres *primus* excludet substituti *spem secundam*: sed, nec voluntate tamen sola, hereditatem *primus* adquirit, nisi *efficaciter* voluerit, & conuenienter negotio, indicioque luculento acceperit hereditatem: gerendo pro herede, aut hereditatem adeundo. Neque enim sufficit, si paruerit conditioni, sub qua institutus est, nisi animo, *gerendi pro herede*, impleuerit iudicium supremum testatoris. ANTISTIVS LABEO certe, teste IAVOLENO, l. 62. *D. de A. v. O. hered.* heredem *primum*, sub conditione, *si iurabit*, institutum, quamuis iurauerit, non statim heredem futurum, ait, antequam pro herede aliquid gesserit: quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur: quamuis PROCVLVS & IAVOLENVS institutum, si, ut heres, iurauerit, admittant.

Ergo expeditum est, aditione instituti inprimis, aut pro herede gestione, non nuda voluntate, excludi substitutum: certe, non, nisi excluso instituto, hereditatem substitutis omnimodo deferri, l. 69. *D. de A. v. O. hered.* Sed videamus, an non interdum locus substituto detur, quamuis institutus adierit, si appareat, illum non recte, neque ex voluntate testatoris, adiisse. Ita VLPIANO l. 6. *pr. D. de hered. inst.* atque PAVLLO l. 72. *D. de A. v. O. her.* visum est, qui, si conditione institutionis *dies* adiectus sit, intra quem adeat hereditatem, vel Capitolium adscendat, isque non paruerit conditioni, substitutum continuo admittit. Igitur tunc demum, si *heres primus* voluerit, & *tempestiue*, atque & iussu testatoris, voluerit,

ex-

extenuatur atque evanescit spes heredis substituti. Interdum tamen, etiam si *primus* efficaciter adierit hereditatem, spes substituti sustinetur. Neque enim dubito, si minor viginti quinque annis hereditatem damnosam adierit, & in integrum restituatur, admitti substitutum. GAIUS enim l. 57. D. de A. v. omitt. her. auctor est, minores, si temere damnosam hereditatem appetierint, ex generali prætoris edicto de minoribus viginti quinque annis, in integrum restituendos. Sed restitutio, præcipiente PAVLO, l. 24. §. 4. D. de min. ita facienda est, ut unusquisque *integrum ius suum* recipiat, quasi infectum fieret, quod temere a minore factum esse intelligeretur. Quam prætoris æquitatem commendat vox naturæ, quæ non patitur, temeritate adolescentuli, a qua respiscat, ius suum cuiquam interuerti: commendat etiam ultimarum voluntatum fauor, quibus obtemperandum est, si vel subtili iure infirmentur. Enimuero nihil magis iudicio testatoris conuenit, quam deferri hereditatem substituto, quæ ad heredem primum non perueniat, aut non profit heredi instituto; cum contra, si, post restitutionem primi, excludatur etiam secundus, destituatur testamentum: quod ne accadat, inuictæ sunt, moribus, heredum substitutiones.

Subit mirari, quid in mentem venerit HVBERO, ^{b)} qui cum STRVIO, de illo argumento, litem serio exercet. Quod enim DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 5. C. de impub. & al. subst., post aditam hereditatem directas substitutiones, non impuberibus filiis factas, exspirare, aiunt, de aditione efficaci accipiendum est, quæ non postea irrita, & infecta esse indicatur: quum hereditas, quæ temere adita fuit a minore, fingatur, omnino non adita fuisse. Neque PAPINIANVS nos perturbat, qui l. 2. D. de success. edict. ne cognatum quidem inferioris gradus, ad possessionem bonorum admittit, quam prior cognatus acceperat, quamuis prior, ob auxilium ætatis, deinde abstineat hereditate. Enimuero recte obseruat THOMAS PAPILLONIVS ⁱ⁾ illud ius singulare, in fauorem fisci introductum, non latius, neque ultra cognatos, bonorum possessionem ex testamento petentes, ad substitutos testamento producendum. Diserte enim SCAEVOLA l. 44. D. de re iudic. docet, bona defuncti, postquam tutores pupillum, qui illis auctoribus antea pro herede gesserat, abstinerunt bonis paternis, ad substitutum peruenisse: ut dubitari non possit, etiam post restitutionem primi, secundo dari facultatem, ad ius heredis adspirandi. Quæ ex l. 7. §. 10. D. de min. obijciuntur, subtiliter ANTONIVS FABER ^{k)} PAPILLONIVS, loco supra excitato, diluerunt.

Macer tamen l. 61. D. de A. v. O. hered. & DIVVS SEVERVS fortius resistunt, qui ne coheredem quidem, cum minor annis, qui heres ex parte extitit,

^{b)} HVBERTVS ad digest. XXVIII. 6. p. 286 sqq. direct. hered. subst. p. 715. in thes. Ottonis t. IV. coniectur. c. 4.

ⁱ⁾ PAPILLONIVS c. 9. l. de direct. hered. subst. p. 715. in thes. Ottonis t. IV. ^{k)} ANT. FAB. l. III.

tit, in integrum restitutus est, cogendum censuerunt, ut eius partis onus suscipiat, sed creditoribus bonorum possessionem dandam esse, iudicarunt. Sed huic respondeas, nemini quidem invito, per restitutionem minoris, incommo- dum afferri posse, quod iuris necessitas ipsi non antea imponat: sed neque per aditionem temerariam, quæ per restitutionem infirmatur, cuiquam ius suum ex- torqueri; quod cuique integrum manere, etiam post restitutionem, PAVLLVS l. 24. §. 4. D. de min. præcepit.

Itaque non admittetur substitutus, postquam primus adiit hereditatem, nisi hic in integrum restituatur; sed expectandum est tempus, quo prior vel nolit, vel non possit, adquirere hereditatem. Docet enim VLP IANVS l. 3. & l. 69. D. de A. v. O. hered. quamdiu prior heres institutus hereditatem adire possit, substituto hereditatem non deferri; illa enim demum hereditas, teste TERENCE CLEMENTE l. 151. D. de V. S. delata videtur, quam quis consequi possit adeundo: quod substituto, nisi excluso instituto, non licere, supra fuit comprobatum.

Sed quamvis spe exigua atque extrema pendeat ius substituti, non tamen spem hereditatis abiiciet, donec certo constet, heredes primos hereditatem adiisse; aut si spem antea dimiserit, illa, quandocunque visum est, redintegra- bitur, donec hereditas peruenerit ad institutum. Negat enim VLP IANVS, l. 13. §. 2. D. de A. v. O. hered. repudiationem aliquid valere, si substitutus antea repudiet, quam heres institutus decernat de hereditate. Quod & PAV- LO l. 18. D. eod. placuit, cui is demum repudiare posse visus est, qui possit adquirere hereditatem.

Ex quibus rebus intelligitur, pendere spem hereditatis, neque omnino ac- cidisse, donec expeditum sit, primos adquisuisse ius heredum, adeundo. Ali- quando tamen eveniet, ut, quamvis primus non adierit, secundus excludatur. Fac enim, primum in patris potestate fuisse constitutum, & patrem adiisse, filio invito, & repudiante. Excludetur tamen substitutus, cum filio familias delata hereditas, parenti eius etiam quodammodo delata videatur. Ita enim IUSTI- NIANVS l. ult. pr. C. de bon. quæ lib. rem definiuit: quidquid THOMA- SIVS ^{l)} & WISSENBACHIVS ^{m)} legi manifestæ obloquantur: cum pater, filio etiam invito, aditione, aut pro herede gestione, quodammodo adquirat de- latam filio hereditatem. Certe, etiam si non adierit hereditatem institutus, ta- men, si substitutus etiam decesserit; MARCIANVS l. 9. D. de suis & legit. her. docet, substitutionem ad heredes substituti non transferri, sed expirare morte substituti: quod & EMVNDVS MERILLVS ⁿ⁾ in libro de iure ac- crescendi observauit, & supra a nobis fuit indicatum. De quo videbatur le-
ctor

^{l)} THOMAS. sch. ad Hub. pand. l. 28. 6. §. 2. p. 289.

pandect. disp. § 6. th. 17.

apud Ottonem t. IV. p. 1759.

^{m)} WISSENB. p. I.

ⁿ⁾ EMVND. MERILLVS de iure accrescendi c. 4.

Etor admonendus, ut deinceps de ipso argumento, quod tractamus, facilius constitutur.

§. III.

Igitur, quamdiu spiritum hunc ducet substitutus, alet spem hereditatis deferendæ; quæ tandem implebitur, cum constabit, heredem primum *non voluisse* acquirere hereditatem, adeundo. Hic enim, si ipse non voluerit adire, exceptis liberorum personis, hereditatem non aditam, auctore IUSTINIANO l. vii. §. 5. & 13. D. de caduc. tollend. ad heredes non transmittit; sed locum facit substituto. Quapropter ULPIANVS, l. 69. D. de A. vel O. hered. non longius arcet substitutum, quam, donec constet, institutum non admitti; & huic, nisi adeat, aut pro herede gerat, eiusque heredibus, ait, denegandas actiones. Sed quousque heredem secundum expectare iubebimus, ut intelligatur, heredem primum *non voluisse* ad hereditatem peruenire? PAVLLVS quidem heredem primum, cui, testamento, *tempus*, intra quod adeat hereditatem, hac lege, *præstitutum* sit, ut si intra illud non adierit, ipsi alius *substituatur*, putat, *non voluisse* acquirere hereditatem, si, intra dies definitos, nec adierit, nec pro herede gesserit, qui fuit institutus, l. 72. D. de A. v. O. hered. Igitur secundus admittetur, si primus conditioni temporis, ipsi adiectæ, non parebit. Sed faciamus, primum intra illud tempus decessisse, quo debebat decernere de hereditate, & conditionem adimplere. PAVLLVS, ait, d. l. 72. neminem omnino dubitare, quin substitutus non soleat ultimum aditionis diem expectare. Itaque apparet, non videri *voluisse* hereditatem acquirere, qui decesserit intra tempus aditioni destinatum. DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 7. C. de iure delib. longius procedunt, & illum etiam *non voluisse* heredem fieri, indicant, qui ne quidem cognouit, sibi hereditatis aliquid relictum, sed, antequam pro herede gereret, aut bonorum possessionem admitteret, decessit; aiunt enim, illum defuncti successionem ad heredes suos transmittere non potuisse. Quod & PAPINIANVS, l. 86. D. de A. vel O. hered. approbavit, qui illorum duntaxat heredes, qui rei publicæ causâ absentes fuerant, & antea vita decesserant, quam heredes se institutos cognoscerent, humanitatis causâ, censuit ex persona defuncti in integrum restituendos. Ausim affirmare, illud etiam heredibus militum essetribuendum, ut restituantur, si miles, iuris ignorantia deceptus, priusquam adiret, decesserit intra tempus definitum: PAVLLVS enim l. 9. D. de iuris & facti ignor. etiam, quod ad aditionem hereditatis attinet, militi ius ignorare, ex constitutionibus principalibus, permittit: ut dubitari non possit, heredes eius, ex persona militis, restituendos.

Sed hæc iure singulari, favore laudabilis absentiae, itemque militiæ, obtinuerunt. Ceterum, qui priusquam adiit, intra tempus definitum testamento, vita decessit, videtur *non voluisse* heredis iura impetrare. Possem discedere ab hoc argumento, satis expedito, nisi ULPIANVS turbas daret, qui negat, il-

lum *nolle* adire hereditatem, qui *non potuit* adire. *l. 4 de A. H.* Videtur enim, qui antea decessit, non potuisse adire, intra tempus definitum, ideoque nec omnino noluisse. Magis etiam rem impedit PAPINIANVS, qui *l. 101. pr. D. de condit. & demonstr.* ait, *non noluisse* nubere, quæ, priusquam viri potens fieret, morte conditionem nuptiarum anteuertit. Ideoque excludit legatarium secundum, qui in hunc casum substitutus est, si nubere puella noluisse. Præterea idem, quem antea adduxi, VLPIANVS alio loco, vehementius resistit, qui seruum vicarium, si ab alio fugitiuo inuitus abductus, occasionem redeundi non accepit, non putat, reuerti *noluisse*; sed tunc demum, non *potuit* reuerti. *l. 17. §. 7. D. de æd. edict.* Certe SENECA ^{o)} illum omnino *velle*, in cuius naturam non cadit, *nolle*, dubitandum non putauit. Ex quibus videtur colligendum, *primum* hereditatem non repudiasse, qui, præuentus morte, non significauit, se accipere hereditatem, adeoque substituto locum tunc non fieri, sed, ad *heredes primi*, successionis commoda transferri. Verum, ab his quidem non adducor, ut eum, qui, antequam adiret, intra tempus præscriptum, decesserit, existimem hereditatem transmisisse. Enimuero largimur, *non* omnino *noluisse*, qui non potuit adire, neque puellam, quæ nubendi conditionem non accepit, nec tempus nuptiarum attigit, pænæ locum fecisse, quæ in illum casum constituta erat, si nubere puella noluisse: faciamus etiam, seruum vicarium non indignum venia videri, qui non occasionem reuertendi nactus est: adeoque illum non recte accusari, quod *noluerit* reuerti. Vltro concedimus, victas manus damus, profitemur: *non noluit* adire, qui decessit intra tempora aditionis. Verum, ut hereditas transmitti possit, non sufficit, *non noluisse* heredem primum acquirere hereditatem, sed, ut etiam *voluerit*, utque tempestiue *voluerit*, desideratur, utque luculento indicio prodiderit decretum suæ voluntatis. Quod LABEO & PROCVLVS & IAVOLENVS *l. 62. D. de A. vel omitt. hered.* comprobarunt. Certe POMPONIVS *l. 4. D. locati*, facile agnoscit, quod *velle desinat*, qui e vita emigravit: tantum abest, ut credamus, *velle* illum *incipere*, dum moritur, qui antea dissimulauit voluntatem. Neque quenquam facile, quod SENECA, loco supra indicato, philosophatus est, perturbet. De *sapiente viuo* disputauit, qui, quod melius sit natura, *nolle* penitus non possit: adeo, cum alterutrum eligere debeat, ac possit eligere, *nolle* autem meliora, in ipsum penitus non cadat, *velle* eum meliora, indicauit. Aliter de illis sentiendum, qui nec *debent* eligere, nec *possunt*, postquam vita decesserunt. Hos enim *velle* acquirere hereditatem, quamuis nec *nolle* in illos cadat, nemo dixerit, cum neutrum ad illos pertinere videatur.

§. IV.

Naturalis
ratio heredi-

Non videbitur ab instituto alienum, si comprobauerim, testatorem, cum de eius voluntate quæritur, potius substituto, quam instituti heredibus, pro-

spectum

o) SENECA. l. VI. de benef. c. 21. f.

specum voluisse. Hoc intelligetur, si memoria repetas, quo animo testatores, *bus instituti* quo consilio, coeperint *substituere* heredi instituto. Et nemo quidem negat, il- *præfert sub-* lud inprimis agi substitutionibus, ut ne ad *successores ab intestato* perveniat *stitutos.* hereditas defuncti: aut ne caduca sit, ob legem PAPIAM, aut ne bona a creditoribus nomine defuncti distrahantur; sed ut personas, quas dilexit, in quibus spem, & fiduciam collocavit, blande afficiat testator, & memoriam sui, beneficio hereditatis, etiam in posterum confirmet. Videberis victoriam heredibus impetrauisse, cum, si ad *heredis primi* successores, spes hereditatis, & facultas adeundi, deferatur, eadem omnia obtineri possint, quæ testator voluit, ut neque heredes eius ab intestato bona possideant, nec creditores, nec fiscus, facile inuolare possint in messem alienam, ad quos arcendos diximus inventas substitutiones. Verum enim vero, non illud quæritur, quomodo excludi *possint* successores legitimi, & fiscus, atque creditores; sed quomodo testator illos *voluerit* excludi. Illud igitur ex *amore* colligendum est, quo duce testator constituit quosdam gradus, & ordines, heredum.

Nihil expeditius, quam testatori suos potius *amicos*, quos iudicio elegit, quibus familiariter usus est, quos instituit, quos substituit, quos suos esse voluit, commendatos fuisse, quam *heredes amicorum*, quos fors nascendi obtulit, quos testator plerumque oculis non vidit, qui de illo nunquam meriti sunt, quos nulla officia, nulla necessitudo, nihil, quod animos hominum obstringit, & conglutinat, nulla vincula amicitiae humanæ, cum testatore coniunxerunt.

ISOCRATES) quidem, ut patrimonii, ita amicorum, hereditatem voluit ad liberos amicorum, & heredes, quodammodo transmitti. Verum, iam non, quid pulchrum, quid præclarum sit, disputatur, sed facti quæstio est & quid *voluerit* testator. Verum, quis non videt, quantum repugnet voluntati testatoris, si hereditas ad heredes primi heredis, non adeuntis, perveniat. Cui non ante oculos versatur TIBERIVS, qui matre mortua, omnes familiaritates pristinas, intra breve tempus, afflixit, & deseruit amicitias paternas, & maternas. 1) Quis nescit, quantum sæpe degenerent, & deficient, a maioribus heredes? quam facile, si heredibus heredum bona nostra relinquerentur, illa ad indignos perventura essent, ad stipites, ad truncos, ad molestissima onera terrarum. Quis ignorat, quod facilius *inimicitiae* paternæ, quam familiaritates, & *amores*, ad heredes transferantur. 2) Quis igitur credat, testatorem incertos heredes *primi* heredis, *amico substituto*, cuius fides ipsi approbata fuit, prætulisse. Heredes a sanis testatoribus, amore, & iudicio, plerumque deliguntur. Sed magis probabile est ad fidem, testatorem, heredes primi & secundi gradus, quos cognovit, atque nominavit, amore, & iudicio suo, probavisse,

p) ISO. C. ad Demon. c. I.

q) SVE. TON. in vita Tiberii, c. 51.

r) VAL.

MAX. V. 4. 14.

nisse, quem heredis primi incertos, & sæpe degeneres, heredes. Certe testator, qui heredes heredis primi impensius dilexisset, quam heredem substitutum, potius heredi primo suos heredes substitutos daturus fuisset primo loco, quam ipsum substitutum, quem maluerit cedere heredibus heredis. Illud enim familiare fuisse testatoribus, ut, si liberos heredis primi præferrent substituto, liberorum heredis mentionem in ipsa institutione, ex responso SCAEVOLAE l. 85. *D. de hered. inst.* intelligitur. Aut, si heredibus primi heredis potius, quam substituto, voluisset prospicere testator, nonne fuisset commodius, heredem primum, in casum, si sine liberis decederet, fideicommissio onerare, ut hereditas potius ad heredes heredis, quam substitutum perveniat, & tunc demum, si primus heres sine liberis moreretur, substituto hereditas restitueretur. Enim vero testator, qui liberos heredis primi maiori quam substitutum amore complecteretur, inepte illos in substitutione præteriret, & solius substituti mentionem faceret; qui, herede primo ante testatorem mortuo, sine dubio excluderet heredis primi successores, quos tamen testator, si opinionem vulgarem sequimur, prætulisset substituto. Ex quibus rebus apparet, testatorem, qui primo heredi, in casum, si ipse heres non fuerit, non suos heredes, sed alium, substituit, omnino maluisse, ut hereditas, si primus non adiret, ad substitutum potius, quam ad heredes heredis primi, perveniret.

§. V.

*An ius de-
liberandi ad
heredes pri-
mi heredis
transmitta-
tur.*

Igitur illud caret dubitatione, mortuo herede primo intra illud tempus, intra quod testator ipsum de hereditate decernere iubebat, non *heredes primi*, sed *substitutum* admitti ad hereditatem. Nunc videamus, ad quem spectet hereditas, si non *a testatore* spatium deliberandi, intra quod heres primus adeat hereditatem, constitutum, sed, si primus intra *tempus a prætore*, vel *lege*, *definitum* decesserit, priusquam adiret hereditatem. Enimvero, si nemo instet, & urgeat, per triginta annos, quibus petitioni hereditatis præscribitur, permissum est deliberare. Sed, si heres primus neget moras, & per tempus longius, incertum relinquat substitutum, VLPPIANVS l. 69. *D. de A. vel. om. hered.* ait, necessarium remedium prætoris, ut & primo heredi, & dein secundo, postquam primi tempus præterit, ipsique hereditas delata est, & subinde etiam tertio heredi, *tempus* præstituat, intra quod quisque deliberet, quid sibi expedire videatur: quo elapso, illis, nisi aut adierint, aut pro herede gesserint, ab ipso denegantur actiones. Solebat itaque prætor, teste POMPONIO, l. 23. §. 1. *D. de hered. inst.* tempus præfinire, intra quod adeatur hereditas, ne res in infinitum protrahatur: quod spatium plerumque semel, nonnunquam vero sæpius constituebatur, si prætori, secuto æquitatem, suaderetur, tempus, quod primum præstituerat, non suffecisse. Fac igitur, decedere heredem primum, dum *deliberet* de hereditate intra tempus præfinitum. Certe PAVLLVS l. 72. *D.*
de

de A. vel. om. hered. generatim præcipit: „si prior decesserit, neminem dubitare, quin substitutus *diem ultimum* aditionis non teneatur expectare. Sed nemo ignorat, tempus aditionis, esse tempus, a testatore aut prætore, aut, lege definitum. Itaque exclusis heredibus heredis primi, deferitur successio heredi substituto, illique præfinitur tempus, intra quod & ipse decernant de hereditate.

Quo iuris civilis præcepto nihil esse æquius, supra est a nobis disputatum. Neque enim videtur interesse, vtrum spatium a testatore, an a lege, & prætore, heredibus præfiniatur. Res non indigeret disputatione, nisi illa non nihil constitutionibus principum mutata videretur. IUSTINIANVS enim *l. 19. C. de iure deliber.* illum duntaxat, qui intra *anni spatium*, postquam cognovit, hereditatem sibi delatam esse, nec adierit, nec adierit, nec pro herede gesserit, non patitur transmittere ad heredes ius deliberandi: contra, illorum, qui durante *anni* tempore mortui sunt, heredibus *reliquum tempus* pro adeunda hereditate, relinquit, quo finito, ad hereditatem nondum aditam, non pateat regressus. Ex quo loco videtur colligendum, heredes substitutos, si primus *intra annum deliberationis* decesserit, non admitti ad successionem; sed illis, donec heredes heredis primi annum lege definitum impleuerint, expectandum: hos vero, si intra hoc tempus nec adierint, nec pro herede gesserint, locum facturos substitutis: sin vero hereditas eis non damnosa videatur, ab ipsis adquiri posse hereditatem adeundo, & substituti spem decipi, & interuerti. Sed, quamuis res impedita videatur, tamen magis est, quod credam, *non tribui heredibus primi ius deliberandi*, quo possit excludi substitutus. Nimirum *ius deliberandi* quidem ad heredis heredes etiam transmittitur, vti heredes, docente POMPONIO *l. 36. D. de A. vel. om. hered.* succedunt in omnia iura, & nomina defuncti. Sed, quis credat, iura etiam illa, quæ personam non egrediuntur, & persona extincta, continuo extenuantur, & expirant, transmitti in heredes. Enimvero, dato substituto, manifesta est voluntas testatoris, quod, nisi heres primus ipse adquisuerit hereditatem, non heredes heredis primi, quos non substituit, sed substitutus debeat admitti ad hereditatem: cum probabile sit, testatorem, si heredes heredis substituto prætulisset, illos potius, quam hunc, heredi primo daturum fuisse substitutos. Itaque cum de voluntate testatoris hoc casu dubitari nequeat, quod substitutus heredibus heredis primi præferatur, adeoque hoc ius heredis primi, quod hereditatem adeundo acquirere possit, hoc casu, personam eius non egrediatur, nemo dixerit, IUSTINIANVM voluisse, vt voluntas testatoris eludatur. Id egit IUSTINIANVS, vt caueret, ne destituerentur testamenta, & caducæ essent morientium hereditates: quod ex tota lege vnica *C. de caduc. toll.* intelligitur. Hoc vt efficiat, non voluit hereditatem, si heres intra annum deliberandi moriatur, interuerti, sed etiam heredibus illius spatium dari, quo deliberarent. At vero dato substituto, non est,

quod facile timeat, ne testamenta destituerentur, aut caducæ fierent hereditates. Igitur cessabit illa deliberatio heredum, sine legis hic cessante; cum appareat, non ipsis testatorem, sed, si primus decesserit, substituto prospexisse. Præterea lege generali, quæ in heredes transmittit ius deliberandi, credi non potest, derogatum esse legi speciali 72. *D. de A. vel. Om. hered.* quæ personale ait esse ius heredis primi, dato substituto: ideoque, si heres prior, antequam adiret, decesserit, intra tempus præfixum, ad successionem vocat substitutum, & non vult dubitari, quin substitutus non teneatur expectare diem ultimum aditionis. Itaque novæ constitutioni imperatoris, qua legibus anterioribus speciatim non detraxit, in illis tantum speciebus locus relinquetur, de quibus non antea lege speciali cautum fuit: id est, tunc, cum heredi non datus testamento substitutus ius deliberandi transmittetur ad heredes. Quod tanto facilius fidem inueniet, si cogitabis, quod HUBERVS ^{s)} observauit, spatium deliberandi successisse in locum veteris illius *cretionis*, cuius tempus testatores sub pœna exheredationis præscribebant. Sed, si heres primus non creuerit, nec pro herede gesserit, testatur *VLPIANVS tit. 22. §. ult. fragm.* itemque *PALLVS l. 72. D. de A. vel Om. hered.* admitti substitutum. Illud non inuenio mutatum a *IUSTINIANO*.

§. VI.

*Odiosum
est ius deli-
berandi.*

Imo vero odiosum est *IUSTINIANO* ius deliberandi, & si illud vel subtili iure pertineret ad heredis primi successores, tamen strikte interpretandum esset, eique derogandum, in tam luculenta voluntate testatoris. Ait enim imperator, *l. 22. §. 13. C. de iure delib.* inueto iure inuentarii, *superuacuum videri ius deliberandi, & debere ei derogari*: cumque sine damno, & adiri possit hereditas, & ab illa etiam discedi, locum deliberationi non relinqui: sed, si quis hoc ius impetrare studeat, illum *vana formidine* moueri, aut callida machinatione usum censerî, ideoque illi a iudicibus nouem duntaxat menses, ab imperatore, annum. indulgeri: rem fere indignam & suspectam esse, si quis desideret spatium deliberandi. In tanto huius iuris odio, quis credat, æquissimum legislatorem permittere, vt, eius obtentu, voluntates testatorum, & leges sapientissimæ maiorum, quæ substitutum heredibus heredis primi, qui non adierat, præferri voluerunt, eludantur. Sibi imputet, qui vsus iure odioso, & superuacuo, atque suspecto, extorsit suis heredibus spem hereditatis, quam potuisset commodius, priusquam moreretur, acquirere aditione, & ad suos propagare.

Cetera, quæ solent obicij, illis argumentis, quæ adhuc adducta sunt, facilius expedientur.

^{s)} HUB. ad inst. l. II. tit. 19. §. 4. p. 240.

Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs III.

Halae ad Salam 1775

4 Diss. 5010-1/3

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122907-9

VD18 90544250